

# MittBayNot

Begründet 1864

3 | 2023

Mai | Juni 2023

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Schriftleitung:**

Thomas Dziwis,  
Notarassessor  
Stephanie Reber,  
Notarassessorin

**Herausgeberbeirat:**

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar a. D., Regen

Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier,  
Notar in Bischofsheim i. d. Rhön

Angelika Strähuber,  
Notarin in Regen

Michael Volmer,  
Notar in Starnberg

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,  
Notar in Gerolzhofen

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

**Amann:** Welche Sorgfalt muss der Vorbehaltsnießbraucher walten lassen? 209

**Kaiser:** Steuerbegünstigung der Betriebsübergabe nur bei zeitgleichem Vollzug – jetzt auch ohne Personengesellschaft? 214

**Graf Wolffskeel von Reichenberg:** Praxisupdate Erbbaurecht 220

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

**Basty zu OLG Rostock:** AGB-Widrigkeit einer Vorlage-sperre bis zur Zahlung des gesamten Kaufpreises beim Bauträgervertrag 239

**Meier zu OLG München:** Keine Vertretungsbefugnis des Verwalters für Eintragung einer Grunddienstbarkeit 257

**Linke zu OLG Köln:** Bindungswirkung eines in einem Erbnunwürdigkeitsklageverfahren ergangenen rechtskräftigen Versäumnisurteils 268

**Soutier zu BGH:** Verstoß gegen den deutschen ordre public bei Rechtswahl des englischen Erbrechts 286

**Waldner zu BGH:** Keine Aufrechnungsmöglichkeit mit Amtshaftungsansprüchen im Kostenprüfungsverfahren 299

**Loose zu BFH:** Bestimmung des herrschenden Unternehmens bei mehrstufigen Beteiligungen 304

**Kemper zu BFH:** Mittelbare verdeckte Gewinnausschüttung im Zusammenhang mit nießbrauchbelasteten GmbH-Geschäftsanteilen 310

**Balzer:** Metaphern und Geschichten als Brücke zum Mandaten 314

## Impressum **MittBayNot**

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen  
Notare und Notarassessoren sowie für die Angestellten  
der Notarkasse

### **Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München  
T. +49 89 551 66-0  
F. +49 89 551 66-234  
M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de  
[www.notare.bayern.de/mittbaynot.html](http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html)

### **Herausgeberbeirat:**

Dr. Susanne Frank, Notarin in München  
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar a. D., Regen  
Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Notar in Bischofsheim i. d. Rhön  
Angelika Strähuber, Notarin in Regen  
Michael Volmer, Notar in Starnberg  
Dr. Eckhard Wälzholz, Notar in Füssen  
Dr. Dietmar Weidlich, Notar in Roth  
Dr. Felix Wobst, Notar in Gerolzhofen

### **Schriftleitung:**

Notarassessor Thomas Dziwis  
Notarassessorin Stephanie Reber

*Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf  
eine geschlechterspezifische Differenzierung teilweise  
verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der  
Gleichbehandlung immer für alle Geschlechter.*

### **Design:**

INTO Branding GmbH

### **Druck:**

Universal Medien GmbH  
Fichtenstraße 8  
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2023

<b>AUFSÄTZE</b>		<b>209</b>	
<b>Amann:</b> Welche Sorgfalt muss der Vorbehaltsnießbraucher walten lassen?		209	
<b>Kaiser:</b> Steuerbegünstigung der Betriebsübergabe nur bei zeitgleichem Vollzug – jetzt auch ohne Personengesellschaft?		214	
<b>Graf Wolffskeel von Reichenberg:</b> Praxisupdate Erbbaurecht		220	
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b>		<b>224</b>	
<b>Bumiller/Harders/Schwamb:</b> FamFG. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ( <b>Menne</b> )		224	
<b>Fest/Gomille (Hrsg.):</b> Festschrift für Johannes Hager zum 70. Geburtstag am 09.07.2021 ( <b>Müller-Teckhof</b> )		226	
<b>Haase/Dorn: (Hrsg.)</b> Vermögensverwaltende Personengesellschaften ( <b>Kraus</b> )		228	
<b>RECHTSPRECHUNG</b>		<b>230</b>	
<b>Bürgerliches Recht</b>			
ALLGEMEINES			
1. Kein Notwegrecht aus nachbarlichem Gemeinschaftsverhältnis oder dem Schikaneverbot des § 226 BGB (BGH, Urteil vom 06.05.2022, V ZR 50/21)		230	
2. Verjährung von Gewährleistungsansprüchen aus dem Bauträgervertrag (OLG Schleswig, Urteil vom 18.11.2022, 1 U 42/21 – Ls.)		233	
3. AGB-Widrigkeit einer Vorlagesperre bis zur Zahlung des gesamten Kaufpreises beim Bauträgervertrag (OLG Rostock, Beschluss vom 21.12.2021, 4 U 79/18)		233	
mit Anmerkung <b>Basty</b>		239	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT			
4. Beschlusskompetenz der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bei unklarer Rechtslage; Verteilung des Selbstbehalts bei Versicherungsschaden am Sondereigentum (BGH, Urteil vom 16.09.2022, V ZR 69/21)		242	
5. Hinreichende Bestimmtheit eines Aufteilungsplans (KG, Beschluss vom 27.09.2022, 1 W 301/22, 312-342/22)		249	
6. Übertragung einer Buchgrundschuld aufgrund konkludenter Zustimmung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.09.2022, 3 Wx 127/22)		250	
7. Keine Vertretungsbefugnis des Verwalters für Eintragung einer Grunddienstbarkeit (OLG München Beschluss vom 05.08.2022, 34 Wx 301/22)		255	
mit Anmerkung <b>Meier</b>		257	
8. Notwendige Auflistung aller Gesellschafternamen einer GbR zur Eigentumsumschreibung (KG, Beschluss vom 07.10.2021, 1 W 343/21)		258	
FAMILIENRECHT			
9. Notwendigkeit eines Ergänzungspflegers im Erbscheinsverfahren (OLG Brandenburg, Beschluss vom 19.10.2022, 13 WF 53/22)		260	
10. Verhältnismäßigkeit der Sorgerechtsentziehung für Erbscheinerteilungsverfahren (OLG Nürnberg, Beschluss vom 20.06.2022, 7 WF 434/22)		262	
ERBRECHT			
11. Aufschiebend bedingte Erbteilsübertragung an einen Miterben unter Auflösung der Erbengemeinschaft (OLG München, Beschluss vom 08.08.2022, 34 Wx 154/22)		264	
12. Bindungswirkung eines in einem Erbunwürdigkeitsklageverfahren ergangenen rechtskräftigen Versäumnisurteils (OLG Köln, Beschluss vom 27.04.2022, 2 Wx 72/22)		265	
mit Anmerkung <b>Linke</b>		268	
13. Verfahren auf Löschung des Nacherbenvermerks – Ermittlung der Verfahrensbeteiligten durch das Grundbuchamt (OLG Hamm, Beschluss vom 22.04.2022, 15 W 76/22)		270	



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2023

**Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht**

- 14. Zuweisung der Beschlussfeststellungskompetenz an Versammlungsleiter durch Mehrheitsbeschluss (OLG Köln, Urteil vom 21.07.2022, 18 U 139/21) 271

---

- 15. Nachweis der Amtsniederlegung durch originär elektronisch erstellte Dokumente (KG, Beschluss vom 30.06.2022, 22 W 36/22) 272

---

- 16. Amtspflichtwidrige Einreichung einer Gesellschaftsregisterliste durch Notar (KG, Urteil vom 28.06.2022, 9 U 1098/20) 273

**Internationales Privatrecht**

- 17. Verstoß gegen den deutschen ordre public bei Rechtswahl des englischen Erbrechts (BGH, Urteil vom 29.06.2022, IV ZR 110/21) 280  
mit Anmerkung **Soutier** 286

---

- 18. Nachweis der Eigentümerstellung gegenüber dem Grundbuchamt durch Europäisches Nachlasszeugnis (KG, Beschluss vom 22.09.2022, 1 W 348/22) 291

**Beurkundungs- und Notarrecht**

- 19. Keine Herausgabe der Urschrift zwecks vergleichender Untersuchung durch gerichtlich bestellten Sachverständigen (LG Ingolstadt, Beschluss vom 30.12.2022, 51 T 464/22) 292

**Kostenrecht**

- 20. Keine Aufrechnungsmöglichkeit mit Amtshaftungsansprüchen im Kostenprüfungsverfahren (BGH, Beschluss vom 23.05.2022, V ZB 9/21) 294  
mit Anmerkung **Waldner** 299

**Steuerrecht**

- 21. Bestimmung des herrschenden Unternehmens bei mehrstufigen Beteiligungen (BFH, Urteil vom 28.09.2022, II R 13/20) 301  
mit Anmerkung **Loose** 304

---

- 22. AfA-Berechtigung des Erwerbers nach entgeltlichem Erwerb eines Anteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft (BFH, Urteil vom 03.05.2022, IX R 22/19 – Ls.) 306

---

- 23. Mittelbare verdeckte Gewinnausschüttung im Zusammenhang mit nießbrauchbelasteten GmbH-Geschäftsanteilen (BFH, Urteil vom 14.02.2022, VIII R 29/18) 306  
mit Anmerkung **Kemper** 310

**SONSTIGES 314**

**Zukunft und Notariat 314**

**Veranstaltungshinweise 318**

**Neuerscheinungen 320**

**STANDESNACHRICHTEN 321**

# Welche Sorgfalt muss der Vorbehaltsnießbraucher walten lassen?

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Nürnberg vom 08.11.2021, 15 W 3774/21<sup>1</sup>

Von Notar a. D. Dr. **Hermann Amann**, Berchtesgaden



Das Jahr 2022 hat mit einer Welle von Grundstücksübertragungen unter Vorbehalt des Nießbrauchs geendet. Dieser Vertragstypus wird aber weiterhin seine Bedeutung behalten, vor allem zur frühzeitigen Nutzung erb-schaftsteuerlicher Freibeträge, gelegentlich auch als erster Schritt einer gleitenden Übergabe.

Der Wille der Beteiligten geht dahin, zwar die Eigentumszuordnung zu ändern, wirtschaftlich aber möglichst alles beim Alten zu belassen. Die Nutzung und Bewirtschaftung des Grundbesitzes möchte der Veräußerer nach seinen bisherigen Gepflogenheiten fortsetzen. Damit ist bereits vorgezeichnet, ihn bei Ausübung seines Nießbrauchs nur für die Sorgfalt haften zu lassen, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt (§ 277 BGB).

Ohne diesen gemilderten Sorgfaltsmaßstab müsste der Nießbraucher nach § 276 Abs. 2 BGB bereits für leicht fahrlässige Nachlässigkeiten bei der Wirtschaftsführung einstehen, zunächst gegenüber dem Erwerber als neuem Eigentümer, später gegenüber dessen Erben. Wird der nießbrauchsbelastete Grundbesitz veräußert, so haftet der Nießbraucher dem Erwerber, ohne sich auf eine nur schuldrechtliche Haftungsbeschränkung berufen zu können. Zwar wird der belastete Grundbesitz so gut wie nie zu Lebzeiten des Nießbrauchers veräußert, zumal meistens ein vormerkungsgesicherter Rücküber-eignungsanspruch dies verhindert. Nach dem Tod des Nießbrauchers liegt eine Veräußerung aber durchaus nahe und damit verbunden ein kritischer Blick auf die Wirtschaftsweise des Verstorbenen. Die Haftung dafür trifft dann die Erben seines Restvermögens. Soweit diese nicht mit dem Erwerber des nießbrauchsbelasteten Grundbesitzes identisch sind, werden sie eine solche Haftung als überraschend und ungerecht empfinden, vor allem in den häufigen Fällen, in welchen der Wert des vererbten Restvermögens hinter dem Wert des zu Lebzeiten übertragenen Grundbesitzes zurückbleibt.

## I. Bisherige Rechtsprechung

Die erste obergerichtlichen Entscheidung zu dieser Einstandspflicht macht das Haftungsrisiko augenfällig. Das KG<sup>2</sup> hatte über die Eintragungsfähigkeit der gemäß § 277 BGB abgemilderten Haftung eines Vorbehaltsnießbrauchers zu befinden und diese für nicht eintragungsfähig erklärt. Der Vorbehaltsnießbrauch erstreckte sich auf ein Berliner Objekt mit ca. 15 vermieteten Wohnungen. Man braucht wenig Fantasie, um sich vorzustellen, wie weit bei einem solchen Objekt die Auffassungen über die Erfordernisse sorgfältiger Wirtschaftsführung auseinandergehen können. Was bedeutet die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Prüfung der Bonität von Mietinteressenten? Wie lange dürfen Mieterhöhungen verabsäumt werden mit der Folge, dass schließlich der Abstand zur ortsüblichen Vergleichsmiete extrem groß wird und nur noch in kleinen Schritten über Jahre hinweg aufgeholt werden kann? Doch auch in alltäglichen Fällen, wie der Bewirtschaftung einer vom Nießbraucher selbst bewohnten Immobilie, ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht leicht nach objektiven Maßstäben zu bestimmen: Wie weit etwa darf sich ein Reparaturstau oder eine Vermüllung entwickeln? Was ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Gartenpflege?

Acht Jahre nach dem Beschluss des KG hat sich das OLG Frankfurt a. M.<sup>3</sup> diesem angeschlossen. Und nun hat auch das OLG Nürnberg die Haftungsmilderung gemäß § 277 BGB für nicht eintragungsfähig erklärt.<sup>4</sup> Dies verunsichert die Praxis. Das Problem ist daher erneut<sup>5</sup> in den Blick zu nehmen.

- 2 KG, Beschluss vom 11.04.2006, I W 609/03, DNotZ 2006, 470 m. Anm. *Frank*.
- 3 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.01.2014, 20 W 349/2013, DNotI-Report 2014, 37.
- 4 OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.2021, 15 W 3774/21, MittBayNot 2022, 457; ebenso *Rachlitz/Vedder*, notar 2022, 285, 286; MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 8. Aufl. 2020, § 1036 Rdnr. 17; *Staudinger/Caspers*, Neub. 2019, § 277 Rdnr. 5.
- 5 Abl. bereits *Frank*, DNotZ 2006, 472; *Pöppel*, MittBayNot 2007, 85, 89 f.; ebenso *Grüneberg/Herrler*, 82. Aufl. 2022, § 1036 Rdnr. 2; *Staudinger/Heinze*, Neub. 2017, § 1036 Rdnr. 18; *BeckOK-BGB/Reischl*, Stand: 01.05.2021, § 1036 Rdnr. 12; *Trömer*, RNotZ 2016, 421, 430.

1 Beschluss des OLG Nürnberg vom 08.11.2021, 15 W 3774/21, abgedruckt in MittBayNot 2022, 457.

## II. Die Pflichten des Nießbrauchers

Das Gesetz gestattet dem Nießbraucher nicht nur die Nutzung der Sache. Es belastet ihn auch mit zahlreichen Pflichten: Insbesondere hat er die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren (§ 1036 Abs. 2 BGB). Er darf die Sache nicht umgestalten oder wesentlich verändern (§ 1037 Abs. 1 BGB). Vielmehr hat er für deren Erhaltung in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen (§ 1041 Satz 1 BGB). Droht eine nicht vorhergesehene Gefahr, so hat er dem Eigentümer Anzeige zu erstatten (§ 1042 BGB). Er muss die Sache auf seine Kosten gegen Brandschäden und sonstige Unfälle versichern, wenn dies einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entspricht (§ 1045 BGB).

Diese und weitere Pflichten entspringen dem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis. Sie sind schuldrechtlicher Natur, dinglich nur insoweit, als die Ansprüche daraus dem jeweiligen Eigentümer der belasteten Sache zustehen und die Pflichten bei einem übertragbaren Nießbrauch (§ 1059a BGB) den jeweiligen Nießbraucher treffen.<sup>6</sup>

Die Beteiligten können den Katalog der gesetzlichen Pflichten erweitern, aber auch deren Umfang einschränken, und zwar mit Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern des Berechtigten und des Eigentümers.<sup>7</sup> Diese Gestaltungsfreiheit findet ihre Grenzen in der sachenrechtlichen Typenfixierung. Weil das Gesetz diese Grenzen nicht konkretisiert, werden sie herkömmlich in zwingenden Grundprinzipien des dinglichen Rechts<sup>8</sup> gesucht, in dessen „Wesen“ oder dessen „begriffswesentlichen Grenzen“,<sup>9</sup> bei dessen „unverzichtbaren Bestandteilen“.<sup>10</sup> Fassbarer kann man meines Erachtens die Grenzen ziehen, indem man danach fragt, mit welchen Vereinbarungen der Rechtsverkehr angesichts der Bezeichnung des Rechts im Grundbuch – ohne nähere Recherche – rechnen muss, mit welchen dagegen nicht.<sup>11</sup>

Anerkannt ist beispielsweise, dass die Versicherungspflicht des Nießbrauchers mit dinglicher Wirkung abbedungen werden kann.<sup>12</sup> Es handelt sich hierbei um eine Leistungspflicht, die – historisch betrachtet – dem Typus einer Dienstbarkeit grundsätzlich fremd ist, sodass ihre Abbedingung

die Grenzen des Typus nicht überschreitet. Umstritten ist dagegen, ob und inwieweit die Erhaltungspflicht aus § 1041 Satz 1 BGB abdingbar ist.<sup>13</sup> Umgekehrt ist es unbestrittenermaßen zulässig und ständige Praxis, dem Nießbraucher über die § 1041 Satz 2, § 1047 BGB hinaus sämtliche Lasten aufzubürden.

## III. Der Sorgfaltsmaßstab

Im Pflichtenkatalog der §§ 1030 ff. BGB ist darüber, welche Sorgfalt der Nießbraucher bei der Erfüllung seiner Pflichten walten lassen muss, nichts gesagt. Allzu leicht führt dies zu einer Vermischung zweier getrennt zu beantwortender Fragen:

Die erste geht dahin, ob die gesetzlichen Pflichten des Nießbrauchers unverändert bestehen oder durch Vereinbarungen im Begleitschuldverhältnis teilweise erlassen oder erweitert wurden. Sie ist nicht Gegenstand unserer Überlegungen.

Erst wenn der konkrete Pflichtenkatalog feststeht, stellt sich die zweite Frage: Mit welcher Sorgfalt hat der Nießbraucher diese Pflichten zu erfüllen?<sup>14</sup> Anders formuliert: Bei der Ermittlung des zulässigen Sorgfaltsmaßstabs geht es nicht darum, ob die gesetzlichen Pflichten des Nießbrauchers unverändert bestehen oder teilweise abbedungen oder erweitert wurden, sondern nur darum, welche Sorgfalt der Nießbraucher bei der Erfüllung der ihn treffenden Pflichten walten lassen muss. Ist eine Pflicht zulässigerweise abbedungen, spielt für sie der Sorgfaltsmaßstab keine Rolle mehr.

Die drei OLGs haben sich den Versuch erspart, für jede der beiden Fragen eine gesonderte Antwort zu finden. Vielmehr sind sie geradewegs auf den maßgeblichen Sorgfaltsmaßstab zugesteuert und haben den milderen des § 277 BGB als unzulässige Abbedingung der in § 1036 Abs. 2 BGB statuierten Pflichten des Nießbrauchers gewertet.<sup>15</sup> Überspitzt gesagt: Sie haben den strengen Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB im „Wesen“ des Nießbrauchs als dessen „begriffswesentliche“ Eigenschaft entdeckt, unberührt von der Erkenntnis, dass sich im Wesen eines Rechtsinstituts nur das Vorverständnis wiederfinden lässt, das man zuvor – bewusst oder unbewusst – dem Wesen inkorporiert hat.<sup>16</sup> Solcher Begründung eine eigene Sicht des Wesens entgegenzuhalten, führt nicht weiter. Kriterien für eine rationale Antwort auf die Frage nach den zulässigen Sorgfaltsmaßstäben kann nur das Gesetz liefern.

## IV. Gesetzliche Vorgaben

Auszugehen ist zunächst von der Erkenntnis, dass die §§ 1030 ff. BGB nur einen Pflichtenkatalog aufstellen, aber

6 St. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 03.02.1989, V ZR 224/87, DNotZ 1989, 565, Urteil vom 08.03.2019, V ZR 343/17, DNotZ 2019, 753; Grüneberg/Herrler, § 1018 Rdnr. 1 a. E.

7 BGH, Urteil vom 21.01.2022, V ZR 233/20, DNotZ 2022, 931 Rdnr. 12; Keller, MittBayNot 2022, 1, 7 ff.

8 BayObLG, Beschluss vom 18.06.1980, BReg. 2 Z 28/80, BayObLGZ 1980, 176 = DNotZ 1981, 124, 126.

9 BGH, Urteil vom 21.06.1985, V ZR 37/84, BGHZ 95, 99, 100 = DNotZ 1986, 23; dazu Staudinger/Weber, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 143.

10 OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.2021, 15 W 3774/21, FGPrax 2022, 11.

11 Staudinger/Weber, § 1018 Rdnr. 6 m. w. N.; Amann, DNotZ 1989, 531, 541 ff.

12 Grüneberg/Herrler, § 1045 Rdnr. 1.

13 Staudinger/Heinze, Neub. 2021, § 1041 Rdnr. 8 m. w. N.

14 Ebenso Pöppel, MittBayNot 2007, 85, 89 f.

15 Exemplarisch OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.2021, 15 W 3774/21, MittBayNot 2022, 457, 458 Rdnr. 13: „Denn § 277 BGB ändert schon den Pflichtenkreis“.

16 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rdnr. 919 ff.; Damrau, MittBayNot 2006, 253.

nichts über den Sorgfaltsmaßstab sagen, der für die Erfüllung dieser Pflichten gilt. Dafür gewährt das allgemeine Schuldrecht den Beteiligten in den §§ 276, 277 BGB Vertragsfreiheit. Lediglich die Haftung für Vorsatz kann nicht im Voraus erlassen werden (§ 276 Abs. 3 BGB). In § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB ist allerdings klargestellt, dass sich besondere Einstands- und Sorgfaltspflichten aus dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses ergeben können. Ein Schuldverhältnis in diesem Sinn ist auch das Begleitschuldverhältnis innerhalb des Nießbrauchs. Daher genügt es nicht, den milderen Sorgfaltsmaßstab des § 277 BGB allein mit der Vertragsfreiheit zu rechtfertigen.

Naheliegender erscheint es vielmehr, dem Nießbrauch vergleichbare Rechtsverhältnisse gegenüberzustellen, für die es gesetzliche Vorgaben zum Sorgfaltsmaßstab gibt. Kennzeichnend für den Vorbehaltsnießbrauch ist, dass von den gesamten Komponenten des Eigentums der Erwerber einen Teil, nämlich die Verfügungsbefugnis, bereits erhält, der Veräußerer aber den weiteren Teil, nämlich die Nutzung, zurückbehält. Insoweit bleibt der Veräußerer Inhaber einer Rechtsposition, die erst später, mit dem Erlöschen des Nießbrauchs, dem Erwerber zufällt. Der Nießbraucher verwaltet das Nutzungspotenzial des belasteten Grundbesitzes für sich selbst, aber im Blick auf die Zukunft auch für den Eigentümer.

Konstellationen, in denen der Übergang einer Rechtsposition erst eintritt, nachdem zuvor ein anderer diese ganz oder teilweise innehatte, wie beim Nießbrauch mit dessen Erlöschen, finden sich mehrfach im Gesetz:

- Eingehend geregelt ist diese Sukzession bei der *Vorerbschaft*. Zwar ist dabei nominell der gesamte Nachlass, nicht nur ein Teil davon, zunächst dem Vorerben anvertraut, jedoch wegen der Zustimmungserfordernisse der §§ 2113 ff. BGB nicht die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis, nicht einmal bei befreiter Vorerbschaft (§ 2136 BGB). Im Ergebnis haben wir es wie beim Nießbrauch mit einer Aufteilung des Vollrechts zwischen Vorerben und Nacherben zu tun. Daher ist es kein Zufall, dass die dem Vorerben auferlegten Bewirtschaftungspflichten denen eines Nießbrauchers gleichen.<sup>17</sup> Für deren Erfüllung erwartet § 2131 BGB vom Vorerben nur die Sorgfalt, die dieser in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt; es gilt § 277 BGB.
- Bei der *Verwahrung* (§§ 688 ff. BGB) sind – ähnlich wie beim Nießbrauch – der unmittelbare Besitz einerseits und das Eigentum andererseits in verschiedenen Händen. Ist die Verwahrung unentgeltlich und endet sie, so hat der Verwahrer für einen Verlust oder eine Verschlechterung der Sache nur gemäß den §§ 690, 277 BGB einzustehen. Die unentgeltliche Verwahrung gleicht der typischen Übergabe unter Nießbrauchsvorbehalt, weil auch bei dieser der Erwerber regelmäßig keine Gegenleistungen schuldet.
- Beim *Rücktritt* von einem Vertrag sind die beiderseitigen Leistungen zurückzugewähren (§ 346 Abs. 1 BGB);

hilfsweise ist Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 und 3 BGB zu leisten. Der zwischenzeitliche Rechtsinhaber hat den übertragenen Gegenstand oder dessen Wert auf den ursprünglichen Rechtsinhaber zurückzübertragen. Beruht seine Rückgewährpflicht auf einem gesetzlichen Rücktrittsrecht, so braucht er keinen Wertersatz für Untergang oder Verschlechterung zu leisten, wenn er die Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB); es gilt § 277 BGB.

- Bei einer Übergabe gegen *Vorbehaltsnießbrauch* führt § 521 BGB im Ergebnis ebenfalls zu der abgemilderten Haftung gemäß § 277 BGB, wenn auch nur auf schuldrechtlicher Ebene. Ist die Übergabe Schenkung, so gilt § 521 BGB unmittelbar, ist sie Ausstattung, greift der gemilderte Sorgfaltsmaßstab gemäß § 1624 Abs. 2 BGB. Das Haftungsprivileg des § 521 BGB beschränkt sich nicht auf Pflichtverletzungen, die in der bloßen Erfüllung des Schenkungsvertrages liegen. Es erstreckt sich vielmehr auch auf Schutzpflichten, die im Zusammenhang mit dem geschenkten Gegenstand stehen.<sup>18</sup> Der Zusammenhang zwischen den Pflichten des Nießbrauchers und dem nießbrauchsbelasteten Grundbesitz, zwischen Eigentumsverschaffung und Vorbehaltsnießbrauch könnte enger nicht sein. Hinzu kommt, dass der Vorbehaltsnießbraucher wie der unentgeltliche Verwahrer (§ 690 BGB) als Besitzer fremdes Eigentum hütet. Daher wäre es widersprüchlich, dem Vorbehaltsnießbraucher zu versagen, was das Gesetz dem Verwahrer gewährt. Die Bewirtschaftungspflichten des Nießbrauchers fallen daher als Schutzpflichten unter die Haftungsmilderung der §§ 521, 277 BGB.

Schuldrechtlich gewährt also bereits das Gesetz dem Bewirtschafter/Besitzer sowohl beim Nießbrauch als auch bei den vorgenannten nießbrauchsähnlichen Rechtsverhältnissen die Haftungsmilderung. Umso unverständlicher bleibt, dass diese dem Nießbrauch als dinglichem Recht „wesensfremd“, mit dessen Typus unvereinbar sein soll.

Das KG hat die Heranziehung der gesetzlichen Wertungen in den dargestellten Sukzessionsfällen abgelehnt. Es hat dies damit begründet, dass dort der gemilderte Sorgfaltsmaßstab nur inter partes wirke, beim Nießbrauch als dinglichem Recht jedoch gegenüber jedem späteren Erwerber. Richtig daran ist, dass der Erwerber eines nießbrauchsbelasteten Grundstücks den im Begleitschuldverhältnis vereinbarten abgemilderten Sorgfaltsmaßstab nicht einseitig ändern kann. Nicht berücksichtigt hat das KG aber, dass der Erwerber Abschlussfreiheit genießt, also frei entscheiden kann, ob er ein mit einem solchen Nießbrauch belastetes Grundstück erwirbt.<sup>19</sup> Ist der gemilderte Sorgfaltsmaßstab als Inhalt des Nießbrauchs im Grundbuch eingetragen, verdient ein davon betroffener Erwerber keinen Schutz. Zwar kann er die Milderung in der Regel nicht aus dem Grund-

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 20.11.1975, IVa ZR 104/83, BGHZ 93, 23, 27 ff.; OLG Saarbrücken, Urteil vom 28.08.2013, 1 U 97/12 – 28, 1 U 97/12 = NJW-RR 2014, 139.

<sup>19</sup> Staudinger/Weber, § 1018 Rdnr. 150.

<sup>17</sup> Dazu Frank, DNotZ 2006, 472, 475.

buch selbst erkennen, sondern nur aus der Eintragungsbewilligung. Sie kann jedoch nicht als Überraschung gelten, denn schuldrechtlich ist sie die Regel, wie auch in wirtschaftlich vergleichbaren Rechtsverhältnissen.

**Zwischenergebnis:** Die Beschränkung der Haftung des Nießbrauchers auf diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, überschreitet nicht die Grenzen der Typenfixierung.

## V. Bestimmbarkeit als sachenrechtliches Prinzip

Indessen genügt es anerkanntermaßen nicht, dass der Inhalt eines dinglichen Rechts aus dem Grundbuch und der Eintragungsbewilligung feststellbar ist. Vielmehr muss er auch hinreichend bestimmbar sein. Dafür bestehen bisher keine einheitlichen Maßstäbe:

- Überall, wo ein Einfallstor für schuldrechtliche Vereinbarungen ins Sachenrecht besteht, herrscht Großzügigkeit: Das klassische Einfallstor ist die Vormerkung. Vorgemerkt werden können nach der Rechtsprechung zum Beispiel Rücküberweisungsansprüche, die an groben Undank<sup>20</sup> oder an eine „wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Erwerbers“<sup>21</sup> geknüpft sind. Sogar nachhaltige, schwere „Verstöße gegen den Geist des Vertrages“ sollen ausreichend sein, um einen dadurch entstehenden Rücküberweisungsanspruch vorzumerken.<sup>22</sup> „Der Fantasie sind keine rechtlichen Grenzen gesetzt.“<sup>23</sup> Konsequenterweise würde eine für Pflichtverletzungen des Rücküberweisungsobligierten vereinbarte Haftungsmilderung gemäß § 277 BGB an der Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs nichts ändern. Derartige Vereinbarungen entfalten nach den § 883 Abs. 2, § 888 BGB – wie Vereinbarungen im Begleitschuldverhältnis eines Nießbrauchs – Drittwirkung gegenüber jedem späteren Erwerber eines dinglichen Rechts, das mit dem gesicherten Anspruch kollidiert.
- Ein weiteres Einfallstor für konturenarme Kriterien in das Sachenrecht eröffnen Bedingungen, an welche der Bestand oder die Ausübung eines beschränkten dinglichen Rechts geknüpft wird. So kann der Fortbestand einer Dienstbarkeit durch auflösende Bedingung von einer Zahlung abhängig gemacht werden oder davon, dass der Berechtigte ein bestimmtes Verhalten nach § 276 BGB oder abgemildert gemäß § 277 BGB zu vertreten hat.<sup>24</sup> Obwohl solche Pflichten des Dienstbarkeitsberechtigten nicht in den Inhalt der Dienstbarkeit

aufgenommen werden können, gelten sie gegenüber späteren Erwerbern des belasteten Grundbesitzes als Bedingungen für den Bestand oder die Ausübung der Dienstbarkeit schon dann als ausreichend bestimmbar, wenn im Streitfall ein Richter in der Lage ist, über ihren Eintritt zu entscheiden.<sup>25</sup>

- In bemerkenswertem Gegensatz dazu soll es nach Meinung der drei Gerichte nicht genügen, dass die Reichweite der Haftungsmilderung im Streitfall gerichtlich feststellbar ist. Vielmehr müsse sie ohne Gerichtsverfahren für einen Dritten aufgrund objektiver Umstände abschätzbar sein. Das überzeugt allerdings nicht, wenn man die Drittwirkung der überaus ergebnisoffenen Voraussetzungen vorgemerakter Rücküberweisungsansprüche in den Blick nimmt oder die für Außenstehende kaum feststellbaren Bedingungen, an welche der Fortbestand oder die Ausübung von Dienstbarkeiten geknüpft werden können. Ähnlich großzügig gestattet § 1026 BGB, den Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit nicht in deren Inhalt aufzunehmen, sondern der tatsächlichen Übung des Berechtigten zu überlassen, über die das Grundbuch keine Auskunft gibt.

**Zwischenergebnis:** Diese unterschiedlichen Bestimmtheitsanforderungen trotz einheitlicher Drittwirkung bieten keine einfache Antwort auf die Frage, ob der Sorgfaltsmaßstab des § 277 BGB hinreichend bestimmbar ist. Das KG, das OLG Frankfurt a. M. und das OLG Nürnberg verneinen dies kurzerhand. Tragfähiger erscheint es, die Auswirkungen des gemilderten Sorgfaltsmaßstabs auf spätere Erwerber näher zu betrachten.

## VI. Ist der Sorgfaltsmaßstab des § 277 BGB hinreichend bestimmbar?

Die drei Gerichte begründen ihre Ansicht damit, dass die Sorgfalt, die der Nießbraucher in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, von den individuellen, persönlichen, subjektiven Eigenarten des jeweiligen Schuldners abhängt, einschließlich eines bei ihm üblichen „Schlendrians“.<sup>26</sup> Dabei sind ihnen mehrere Missverständnisse unterlaufen:

- a) Sorgfalt in sämtlichen eigenen Dingen oder nur in den nießbrauchsbezogenen?

Kommt es bei der Prüfung, ob der Nießbraucher bei Ausübung seines Rechts den Sorgfaltsmaßstab des § 277 BGB gewahrt hat, darauf an, wie nachlässig er in seinen verschiedensten Lebensbereichen verfährt? Oder sind maßgeblich nur seine Gewohnheiten bei der bisherigen Bewirtschaftung des nießbrauchsbelasteten Grundstücks? Eine Antwort darauf bietet der Vergleich mit den in vorstehendem Abschnitt IV. dargestellten Rechtsverhältnissen, für die das Gesetz den Sorgfaltsmaßstab des § 277 BGB vorsieht: Dort geht es stets nur um den Gegenstand, auf den die

20 BGH, Beschluss vom 13.06.2002, V ZB 30/01, BGHZ 151, 116, 123 = NJW 2002, 2461.

21 OLG München, Beschluss vom 10.04.2007, 32 Wx 058/07, MittBayNot 2008, 50, 51 m. zust. Anm. *Wartenburger*.

22 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.01.2010, 3 Wx 227/09, RNotZ 2010, 197; weitere Beispiele bei *Grüneberg/Herrler*, § 883 Rdnr. 16.

23 *Staudinger/Kesseler*, Neub. 2020, § 883 Rdnr. 224 a. E.

24 BGH, Urteil vom 19.03.2021, V ZR 44/19, MittBayNot 2022, 142 m. Anm. *Everts*, MittBayNot 2022, 111.

25 RG, Urteil vom 25.06.1927, V B 11/27, RGZ 117, 323, 326; weitere Beispiele bei *Staudinger/Weber*, § 1018 Rdnr. 173.

26 So wörtlich OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.2021, 15 W 3774/21, FGPrax 2022, 11, 12.

Sorgfalt zu verwenden ist<sup>27</sup>, also um die Gegenstände der Vorerbschaft, um die verwahrte Sache, um den zurückzugewährenden Vertragsgegenstand. Dementsprechend darf es auch beim Vorbehaltsnießbrauch ausschließlich auf die bisher angewandte Sorgfalt des Vorbehaltsnießbrauchers im Umgang mit dem belasteten Grundbesitz ankommen.

Dafür spielen sonstige Gewohnheiten des Nießbrauchers keine Rolle, zum Beispiel seine Gewohnheit, ohne Helm Fahrrad zu fahren, seinen Pkw beim Parken nicht mit Feststellbremse zu sichern, selbst dann nicht, wenn dies schon zu Unfällen geführt hat. Es wäre sinnwidrig, wenn der Nießbraucher sich wegen fahrlässiger Pflichtverletzungen bei der Ausübung seines Rechts durch Berufung auf seine Gewohnheiten im Straßenverkehr oder ähnliche Nachlässigkeiten, die mit seinem Grundbesitz nichts zu tun haben, entlasten könnte. Daher verengt sich der Ermittlungsaufwand über die vom Nießbraucher in eigenen Angelegenheiten geübte Sorgfalt auf ein sehr begrenztes Thema, nämlich seine Gewohnheiten im Umgang mit dem belasteten Grundbesitz in der Zeit vor Entstehung des Nießbrauchs. Davon kann sich der Erwerber im Zeitpunkt des Erwerbs überzeugen, ein späterer Erwerber immerhin durch Feststellung des Zustands gemäß § 1034 BGB.

b) Wem obliegen Darlegung und Beweis der Sorgfalt in eigenen Dingen?

§ 277 BGB gewährt dem Nießbraucher den gemilderten Sorgfaltsmaßstab als Haftungsprivileg. Für dieses Privileg hat der Nießbraucher die Darlegungs- und Beweislast, nicht der Eigentümer. Dem Nießbraucher obliegt es, alle Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, die das von ihm beanspruchte Haftungsprivileg rechtfertigen.<sup>28</sup> Der jeweilige Eigentümer ist mit der Ermittlung dieser Tatsachen nicht beschwert. Falls er Zeugen oder andere Beweismittel aufbieten muss, um den Vortrag oder die Qualität der Beweismittel des Nießbrauchers zu erschüttern, trifft ihn nur eine Last, die das Gesetz jedem Bürger zumutet, der in einem Prozess mit unzutreffendem Tatsachenvortrag und zweifelhaften Beweismitteln überzogen wird. Daher benötigt er nicht den weitergehenden Schutz, den ihm die drei Gerichte angeidehen lassen möchten.

c) Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit als Ausweichstrategie

§ 277 BGB erlaubt keinesfalls grobe Fahrlässigkeit. Um die Bedenken der Rechtsprechung gegen die Sorgfalt in eigenen Dingen ins Leere laufen zu lassen, könnte von vorneherein vereinbart werden, dass der Nießbraucher nur für grobe Fahrlässigkeit haftet. Beim Vorbehaltsnießbrauch wird der neue Eigentümer in aller Regel damit einverstanden sein, weil er den Grundbesitz ohne nennenswerte Gegenleistung erhält und den Vorbehaltsnießbraucher sowie

meistens auch den Zustand des Grundbesitzes kennt. Wenn es infolgedessen nur auf grobe Fahrlässigkeit ankommt, spielen die von den drei Gerichten befürchteten Unsicherheiten keine Rolle mehr. Die Einstandspflicht des Nießbrauchers wird noch weitergehend gemildert, die Position des Eigentümers, um dessen Schutz die Gerichte sich sorgen, verschlechtert.

Allerdings haben *Rachlitz* und *Vedder* die Reduzierung der Haftung des Nießbrauchers auf grobe Fahrlässigkeit für gleichermaßen unvereinbar mit § 1036 Abs. 2 BGB erklärt.<sup>29</sup> Sie haben sich darauf gestützt, dass nach der Rechtsprechung des BGH grobe Fahrlässigkeit ein „auch in subjektiver Hinsicht unentschuldbares Fehlverhalten“ des Schuldners voraussetze.<sup>30</sup> Damit komme es wieder auf persönliche Verhältnisse des Schuldners an, die sich – ähnlich wie die in eigenen Angelegenheiten geübte Sorgfalt – der Kenntnis des Rechtsverkehrs entziehe.

Wer so weit geht, verkennt, dass es quer durch die gesamte Rechtsordnung subjektive Merkmale sind, nämlich Vorsatz und Fahrlässigkeit in verschiedenen Abstufungen, die für sämtliche Rechtsträger unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Speziell die grobe Fahrlässigkeit ist ein zentraler Anknüpfungspunkt im Verjährungsrecht. Dort knüpft § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB den Beginn der regelmäßigen Verjährung an Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen, mit anderen Worten: an die grob fahrlässige Vernachlässigung eigener Interessen.<sup>31</sup> Diesem Anknüpfungspunkt sind alle Teilnehmer am Rechtsleben unterworfen. Sogar die Verjährung der Ansprüche des Eigentümers aus § 1004 BGB gegen den Nießbraucher wegen Verletzung von Bewirtschaftungspflichten hängt von derart „in subjektiver Hinsicht unentschuldbarem“ Verhalten ab. Wenn aber der Gesetzgeber um der Rechtsicherheit willen die Prüfung der subjektiven Elemente grober Fahrlässigkeit dem gesamten Rechtsverkehr zumutet, dann erscheint es abwegig, sie dem jeweiligen Eigentümer eines nießbrauchsbelasteten Grundstücks zu ersparen.

**Zwischenergebnis:** Aus dem subjektiven Haftungsmaßstab des § 277 BGB erwachsen dem jeweiligen Eigentümer des nießbrauchsbelasteten Grundstücks keine Gefahren, gegen die er Schutz benötigt. Wer gleichwohl meint, ihn vor dem gemilderten Haftungsmaßstab schützen zu müssen, ist auf dem besten Weg, ihm zu schaden, weil er damit den Nießbraucher motiviert, seine Haftung auf grobe Fahrlässigkeit zu beschränken. Diese Haftungsbeschränkung ist als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses zulässig.

## VII. Ergebnisse und Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

- Es entspricht dem typischen Willen der Beteiligten, die Haftung des Nießbrauchers mit dinglicher Wirkung ge-

27 Dementsprechend geht es bei der gemilderten Haftung gemäß den §§ 708, 1359, 1664 BGB und § 4 LPartG um die Personen, denen gegenüber § 277 BGB gilt, vgl. Staudinger/*Caspers*, Neub. 2019, § 277 Rdnr. 2.

28 Grüneberg/*Grüneberg*, § 277 Rdnr. 3 m. w. N. Das übersieht MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1036 Rdnr. 17.

29 *Rachlitz/Vedder*, notar 2022, 285, 286.

30 BGH, Urteil vom 29.01.2003, IV ZR 173/01, NJW 2003, 1118, 1119 oben.

31 BGH, Urteil vom 23.09.2008, XI ZR 395/07, NJW 2009, 587 Rdnr. 11.

mäß § 277 BGB zu mildern. Dies sprengt entgegen der bisherigen Rechtsprechung weder die Grenzen der Typenfixierung noch widerspricht es dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot.

- Falls das zuständige Grundbuchamt dennoch an der Rechtsprechung der drei OLGs festhält, und die Beteiligten kein Rechtsmittel einlegen möchten, kann die Haftung des Nießbrauchers entsprechend dem (typischen) Willen der Beteiligten auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden, zum Beispiel durch die Formulierung:

Der Nießbraucher haftet nur für grobes Verschulden.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Vgl. § 309 Nr. 7 b) BGB.

- Es ist weder sachdienlich noch nötig, ungerechtfertigte Zwischenverfügungen gegen die Haftungsmilderung gemäß § 277 BGB zu vermeiden, indem man sie nur mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart. Zum einen entfaltet dies keine Wirkung gegenüber späteren Erwerbenden des Eigentums. Zum anderen wirkt der abgemilderte Sorgfaltsmaßstab des § 521 BGB – wie in Abschnitt IV. ausgeführt – schuldrechtlich ohnehin zugunsten des Vorbehaltsnießbrauchers; dies ausdrücklich zu dokumentieren, bleibt selbstverständlich jedem Rechtsgestalter unbenommen.

# Steuerbegünstigung der Betriebsübergabe nur bei zeitgleichem Vollzug – jetzt auch ohne Personengesellschaft?

Von Notarassessor Dr. **Roman Kaiser**, Zusmarshausen

In der Praxis sind in letzter Zeit vermehrt Fälle aufgetreten, in denen das FA die schenkungsteuerliche Begünstigung nach §§ 13a, 13b ErbStG für eine unentgeltliche Betriebsüberlassung mit der Begründung verneint, die Schenkung eines Betriebsgrundstücks sei steuerlich bereits vor dem Übergang des restlichen Betriebs ausgeführt – mit der Folge hoher Steuerschäden. Im Kontext von Mitunternehmeranteilen ist diese Problematik bereits bekannt; sie ist nun jedoch auch bei Einzelunternehmen virulent geworden.<sup>1</sup> Unter steuerlichen Gesichtspunkten kann deshalb auch für diese Betriebsübergaben eine angepasste Urkundengestaltung angedacht sein.

## 1. Problemlage

Die Übertragung eines Gewerbebetriebs im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unterliegt als freigebige Zuwendung unter Lebenden (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) der Schenkungsteuer, kann jedoch unter den Voraussetzungen der §§ 13a, 13b ErbStG von einer sachlichen Steuerbefreiung profitieren. Die Betriebsvermögensverschonung des § 13a Abs. 1 ErbStG gewährt einen Verschonungsabschlag von 85 %, <sup>2</sup> d. h. der anzusetzende Wert des übertragenen Betriebsvermögens wird auf 15 % reduziert.<sup>3</sup> Erfasst wird dabei nur begünstigtes Vermögen im Sinne des § 13b Abs. 2 ErbStG.<sup>4</sup> Begünstigungsfähig ist nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG u. a. inländisches Betriebsvermögen beim Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebs oder Teilbetriebs. Berücksichtigung finden dabei auch zum Betrieb gehörende Grundstücke.<sup>5</sup>

In solchen Fällen, in denen mit einem einzelunternehmerisch geführten Betrieb auch ein zugehöriges Grundstück unentgeltlich mitübertragen wurde, ist in letzter Zeit folgendes Problem aufgetreten: Das FA verneint eine Steuerbe-

günstigung. In solchen Fällen, in denen mit einem einzelunternehmerisch geführten Betrieb auch ein zugehöriges Grundstück unentgeltlich mitübertragen wurde, ist in letzter Zeit folgendes Problem aufgetreten: Das FA verneint eine Steuerbe-

<sup>1</sup> Auf die Problematik bei Einzelunternehmen haben am Rande auch schon *Wälzholz* in der Fortbildung „Aktuelle steuerrechtliche Gestaltungen für die notarielle Praxis“ sowie auf ihn zurückgehend *Wachter*, *MittBayNot* 2021, 551, 556 mit Fn. 35, hingewiesen. Der vorliegende Beitrag soll deshalb vor allem zur größeren Verbreitung dieser Erkenntnis beitragen, auf die – durch reale Fälle ausgelöste – Aktualität der Thematik hinweisen, die Kritik weiterführen und Folgefragen erörtern.

<sup>2</sup> Sog. Grundmodell. Das Optionsmodell des § 13a Abs. 10 ErbStG wird hier nicht näher betrachtet.

<sup>3</sup> Mayer/Geck/Geck, *Der Übergabevertrag*, 3. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 123.

<sup>4</sup> Zu dessen Ermittlung *Geck*, *MittBayNot* 2022, 417, 418; *Weinmann/Revenstorff/Offerhaus/Erkis/Erkis*, *Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht*, 4. Aufl. 2017, Stichwort „Verschonungsregelungen für Betriebsvermögen“ Rdnr. 41 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher*, *ErbStG*, Stand: September 2020, § 13b Rdnr. 77.

günstigung mit dem Argument, dass die freigebige Zuwendung des Grundstücks bereits mit Abschluss der Notarurkunde ausgeführt und damit das Grundstück nicht zusammen mit dem sonstigen Betriebsvermögen – dessen Übergang in der Urkunde auf einen nach dem Tag der Beurkundung liegenden späteren Termin bestimmt ist – übergegangen sei. In der Folge zähle das Grundstück mangels einheitlichen Schenkungsvorgangs nicht zum begünstigungsfähigen Vermögen im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG. Die Konsequenz sind Schenkungsteuern in erheblicher Höhe.

## II. Hintergrund

Im Kern geht es also darum, dass die Schenkung des Grundstücks und die Schenkung des übrigen Betriebsvermögens steuerrechtlich zu unterschiedlichen Zeitpunkten als ausgeführt gelten. Wie kommt dies zustande? In der Urkunde zur Betriebsübergabe wird der dingliche Übergang des Betriebsvermögens regelmäßig auf einen in der Zukunft liegenden Stichtag, beispielsweise den 31.12. des Jahres, festgelegt. Hinsichtlich der Auflassung eines zum Betrieb gehörenden Grundstücks ist eine solche Zeitbestimmung jedoch wegen § 925 Abs. 2 BGB nicht möglich. Zivilrechtlich ist die Übertragung des Betriebsgrundstücks deshalb (erst) mit Eigentumsumschreibung im Grundbuch vollzogen. Lediglich der Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten lässt sich in der Urkunde terminieren.

Schenkungssteuerlich liegen die Dinge indes anders. Die Steuer entsteht bei Schenkungen unter Lebenden mit dem Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG). Dies ist dann der Fall, wenn der Beschenkte erhalten hat, was ihm nach der Schenkungsabrede verschafft werden soll.<sup>6</sup> Hinsichtlich des beweglichen Betriebsvermögens ist also Übergang von Eigentum (bei Sachen), Gläubigerstellung (bei Forderungen) usw. erforderlich.<sup>7</sup>

Eine Besonderheit gilt demgegenüber nach ständiger Rechtsprechung des BFH bei Grundstücksschenkungen: Hier ist die Schenkung bereits dann ausgeführt, wenn die Auflassung beurkundet worden ist, der Schenker die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewilligt hat und der Beschenkte in der Lage ist, von der Bewilligung Gebrauch zu machen, also beim Grundbuchamt die Eintragung zu beantragen.<sup>8</sup> Die Finanzverwaltung folgt dem ausweislich der Erbschaftsteuerrichtlinien (R E 9.1 Abs. 1 Satz 2 ErbStR). Bei der Grundstücksschenkung entsteht die Schenkungsteuer damit regelmäßig bereits mit Beurkundung.

6 BFH, Urteil vom 06.03.1985, II R 19/84, BFHE 143, 291.

7 Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, 18. Aufl. 2021, § 9 Rdnr. 46.

8 BFH, Urteil vom 14.07.1982, II R 16/81, BFHE 136, 501; Urteil vom 18.05.1988, II R 163/85, BFHE 153, 231; Urteil vom 06.03.1990, II R 63/87, BFHE 159, 555; Urteil vom 24.07.2002, II R 33/01, BFHE 199, 25; Urteil vom 27.04.2005, II R 52/02, BFHE 210, 507.

## III. Einordnung

### 1. (Noch nicht sehr) alter Wein ...

Das hiesige Thema ist freilich aus dem Kontext der lebzeitigen Nachfolge bei Betrieben, die in der Form einer Personengesellschaft organisiert sind, bereits bekannt. So hatte der BFH im Jahr 2020 über folgende Konstellation zu entscheiden:<sup>9</sup> Der Vater war einziger Kommanditist der Einheits-GmbH & Co. KG sowie Alleineigentümer des an die KG zur Nutzung überlassenen Grundstücks. Den Kommanditanteil übertrug er mit dinglicher Wirkung zum 01.01.2014, 0:01 Uhr an seinen Sohn. Besitz, Nutzen und Lasten des mitübertragenen Betriebsgrundstücks sollten ebenfalls zum 01.01.2014, 0:01 Uhr übergehen. In derselben Urkunde vom 30.12.2013 wurde die Auflassung erklärt und die Eintragungsbewilligung des Vaters abgegeben.

Ein dem Gesellschafter einer Personengesellschaft gehörendes, aber dem Betrieb der Gesellschaft dienendes Grundstück zählt steuerbilanzrechtlich zum Sonderbetriebsvermögen der Personengesellschaft (vgl. R B 97.1 Abs. 1 Satz 3 ErbStR 2019) und bildet zusammen mit dem Anteil an der Personengesellschaft den ertragsteuerlichen, aber auch schenkungssteuerlich maßgeblichen Mitunternehmeranteil des Gesellschafters.<sup>10</sup> Hinsichtlich der Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens kommt die Steuerbegünstigung nach §§ 13a, 13b ErbStG nur dann in Betracht, wenn sie gleichzeitig mit dem Anteil an der Personengesellschaft übertragen werden,<sup>11</sup> da nur dann die Rechtsstellung des Schenkers als Mitunternehmer auf den Erwerber übergeht.<sup>12</sup>

Diese Voraussetzung verneinte der BFH (unter Bestätigung des FG Köln<sup>13</sup>) in dem genannten Fall. Unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung sah der BFH die Grundstücksschenkung bereits mit Auflassung und Eintragungsbewilligung in der Urkunde vom 30.12.2013 als ausgeführt an, sodass das zum Sonderbetriebsvermögen zählende Grundstück schenkungssteuerlich bereits vor der Übertragung des KG-Anteils zum 01.01.2014, 0:01 Uhr übertragen worden war.<sup>14</sup> Die Grundstücksschenkung ging also dem Übergang der Mitunternehmerstellung voraus und konnte folglich nicht von der Steuerbegünstigung der §§ 13a, 13b ErbStG profitieren.

9 BFH, Urteil vom 17.06.2020, II R 38/17, BFHE 269, 426 = MittBayNot 2021, 643 m. Anm. Wachter, MittBayNot 2021, 551.

10 Hübner, ZEV 2020, 790.

11 So bereits BFH, Urteil vom 20.03.2002, II R 53/99, BFHE 199, 19.

12 BFH, Urteil vom 17.06.2020, II R 38/17, BFHE 269, 426 = MittBayNot 2021, 643 Rdnr. 23.

13 FG Köln, Urteil vom 29.06.2017, 7 K 1654/16, ZEV 2017, 535 m. Anm. Wälzholz.

14 BFH, Urteil vom 17.06.2020, II R 38/17, BFHE 269, 426 = MittBayNot 2021, 643 Rdnr. 27.

## 2. ... in neuen Schläuchen

In den dem Verfasser bekannt gewordenen Fällen wendet die Finanzverwaltung diese Logik nun auch bei Betriebsübergaben an, bei denen es mangels Personengesellschaft nicht um die Übertragung eines Mitunternehmeranteils, sondern um die Überlassung eines einzelunternehmerisch organisierten Betriebs geht. Auch hier stellt das FA darauf ab, dass die Schenkung des Betriebsgrundstücks bereits mit Beurkundung, die Schenkung des restlichen Betriebsvermögens jedoch erst zum Übergabestichtag ausgeführt sei. Das Grundstück sei daher nicht als Teil des Gewerbebetriebs übertragen und falle damit aus dem begünstigungsfähigen Betriebsvermögen des § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG heraus. Dies soll – ganz ähnlich dem obigen Fall des BFH – selbst dann gelten, wenn die Beurkundung zum Beispiel am 29.12. und damit nur zwei Tage vor dem Jahreswechsel als Stichtag der Betriebsübergabe stattfand.

Vergleichbare Probleme können sich ebenso stellen, wenn eine wirtschaftliche Einheit als Betriebsaufspaltung übertragen wird, bei der das Besitzunternehmen als Einzelunternehmen auch Grundstücke umfasst.

## IV. Kritik

Die Haltung der Finanzverwaltung vermag nicht zu überzeugen, wenngleich ihr nicht abgesprochen werden kann, vor dem Hintergrund der BFH-Entscheidung von 2020 konsequent zu erscheinen.<sup>15</sup>

Im Ausgangspunkt ist der Überlegung zuzustimmen, dass die Steuerbegünstigung der §§ 13a, 13b ErbStG nur in Betracht kommt, wenn das gesamte Betriebsvermögen übertragen wird, denn es ist ständige Rechtsprechung des BFH, dass das übertragene Vermögen schon beim Schenker (oder Erblasser) begünstigungsfähig gewesen sein und durchgehend als begünstigungsfähiges Vermögen auf den Erwerber übergehen muss.<sup>16</sup> Dies steht in Einklang mit dem Wortlaut des § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, der den „Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebs oder Teilbetriebs“ erfordert, woraus folgt, dass der isolierte Erwerb von Gegenständen des Betriebsvermögens nicht begünstigt sein kann.<sup>17</sup>

### 1. Einheitliche ertragsteuerliche Betrachtung

Zweifelhaft ist es jedoch, die Frage, ob ein einheitlicher Erwerb des ganzen Gewerbebetriebs vorliegt, aus der speziell schenkungsteuerlichen Sicht – also insbesondere unter Zugrundelegung der Rechtsprechung zu Grundstücksschenkungen – zu beantworten. Es ist von vorneherein keineswegs zwingend, für den Begriff des Erwerbs in § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG auf die Steuerentstehung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG zurückzugreifen. Zwar ist mit der Entstehung der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer nach § 9 ErbStG grund-

sätzlich auch der jeweilige Erwerb (von Todes wegen oder unter Lebenden) abgeschlossen.<sup>18</sup> Jedoch verweist § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG für die Definition des Betriebsvermögens auf §§ 95 ff. BewG und damit auf ertragsteuerliche Begriffe, nicht zuletzt den Begriff des Gewerbebetriebs im Sinne des § 15 Abs. 1 und 2 EStG, einschließlich des Mitunternehmeranteils nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG (vgl. § 95 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BewG).

Diese „ausgeprägte Bindung an das ertragsteuerliche Betriebsvermögen“<sup>19</sup> legt es nahe, im Rahmen des § 13b ErbStG nicht auf eine zivilrechtliche, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen.<sup>20</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum es für die Bestimmung des Betriebsvermögens auf ertragsteuerliche Kategorien, hinsichtlich eines einheitlichen Erwerbs hingegen auf die besonderen schenkungsteuerlichen Zeitpunkte ankommen soll. So ist auch bereits bei den Entscheidungen des FG Köln und des BFH zur Konstellation der Personengesellschaft zu Recht als widersprüchlich kritisiert worden, dass die Übertragung des Mitunternehmeranteils aus ertragsteuerlicher, der Übergang des Grundstücks hingegen aus schenkungsteuerlicher Sicht beurteilt wurde.<sup>21</sup> In einer späteren Entscheidung hat der BFH deutlich gezeigt, dass ihm bewusst ist, dass es bei der Übertragung eines Personengesellschaftsanteils im Rahmen des § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG auf den schenkungsteuerlich maßgeblichen zivilrechtlichen Übergang, bei §§ 13a, 13b ErbStG hingegen auf den ertragsteuerlich zu beurteilenden Übergang der Mitunternehmerstellung ankommt.<sup>22</sup> Warum diese Differenzierung bei Grundstücken nicht möglich sein soll, ist nicht nachzuvollziehen.

Konsequenterweise sollten im Rahmen der Steuerbegünstigung die Fragen, was Betriebsvermögen ist und ob dieses Betriebsvermögen im Ganzen übertragen wird, aus einer einheitlichen Perspektive und damit insgesamt aus der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Ertragsteuerrechts und unabhängig von § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG beantwortet werden. Danach kommt es auf den Übergang von Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahren am Grundstück an (vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO),<sup>23</sup> der üblicherweise für denselben Stichtag vereinbart wird wie der Übergang des restlichen Betriebsvermögens.

### 2. Parteiwille

Auch bei Zugrundelegung der schenkungsteuerlichen Sicht auf die Ausführung des Grundstückserwerbs kann jedoch das Ergebnis der Finanzverwaltung nicht überzeugen. Die Rechtsprechung des BFH zur Ausführung einer Schenkung gewährt nämlich den Parteien die Möglichkeit, eine Vereinbarung darüber zu treffen, wann der Beschenkte über den

<sup>15</sup> Es steht zu vermuten, dass die aktuellen Fälle auf eine Anweisung innerhalb der Finanzverwaltung zurückgehen.

<sup>16</sup> BFH, Urteil vom 06.11.2019, II R 34/16, BFHE 267, 440 = DStR 2020, 382 Rdnr. 24 m. w. N.

<sup>17</sup> Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, § 13b Rdnr. 7.

<sup>18</sup> Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, Stand: Juni 2017, § 9 Rdnr. 7.

<sup>19</sup> Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher, ErbStG, Stand: Januar 2022, § 13b Rdnr. 56.

<sup>20</sup> Eisele, NWB 2012, 4151, 4151 f.

<sup>21</sup> Wälzholz, ZEV 2017, 535, 539; Schmidt, ErbR 2021, 308, 310.

<sup>22</sup> BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 8/19, ZEV 2022, 108 Rdnr. 17.

<sup>23</sup> Klein/Ratschow, AO, 16. Aufl. 2022, § 39 Rdnr. 36.

Gegenstand frei verfügen können soll.<sup>24</sup> Im Hinblick auf Grundstücksschenkungen richtet sich die Ausführung der Schenkung also nicht allein nach Auflassung und Eintragungsbewilligung, sondern unterliegt der Vereinbarung durch die Parteien.<sup>25</sup>

Die Erbschaftsteuerrichtlinien erkennen dies an, wenn sie festhalten, dass eine Grundstücksschenkungen nicht ausgeführt ist, „wenn die Übereignung des Grundstücks erst zu einem – von den Beteiligten ausdrücklich bestimmten – späteren Zeitpunkt erfolgen soll oder der Beschenkte von der Eintragungsbewilligung erst zu einem späteren Zeitpunkt Gebrauch machen darf“ (R E 9.1 Abs. 1 Satz 7 ErbStR). Letztere Variante stimmt mit der Rechtsprechung des BFH überein.<sup>26</sup> Warum indes im Übrigen eine Vereinbarung der Parteien nur bei ausdrücklicher und nicht auch bei konkludenter Bestimmung eines späteren Zeitpunkts erheblich sein soll, bleibt fraglich.

In seiner Entscheidung aus 2020 hat der BFH zwar nur darauf abgestellt, dass die Auflassung nicht unter einer aufschiebenden Bedingung stand<sup>27</sup> – was freilich wegen § 925 Abs. 2 BGB zutreffend als zivilrechtlich irritierend und in seiner Bedeutung „nebulös“ bezeichnet worden ist.<sup>28</sup> In einer jüngeren, wenngleich nicht Grundstücksschenkungen betreffenden Entscheidung ebnet der BFH allerdings den Weg für eine weitergehende Berücksichtigung des Parteiwillens beim Ausführungszeitpunkt: Bei der Überlassung einer GmbH & Co. KG erfolgte die Abtretung der GmbH-Anteile mit sofortiger Wirkung, die Übertragung der Kommanditanteile hingegen schuldrechtlich rückwirkend auf den 01.01., dinglich aber aufschiebend bedingt auf die Eintragung ins Handelsregister. Der BFH wirft hierbei die Frage auf, ob der zutreffende Feststellungszeitpunkt – also der Zeitpunkt der Steuerentstehung (§ 11 ErbStG) – bezüglich der Übertragung der GmbH-Anteile tatsächlich der Tag der Beurkundung sei, denn es sei „eine Frage der Auslegung, ob es dem Willen der Vertragsparteien entsprach, die Rechtsträgerwechsel bei der KG und der Komplementär-GmbH zu unterschiedlichen Zeitpunkten eintreten zu lassen.“<sup>29</sup>

Dieser Gedanke, dass die Ausführungszeitpunkte der verschiedenen Übertragungsvorgänge eine Frage der Auslegung sind, lässt sich auch auf Betriebsübergaben mit Grundbesitz übertragen. Die Auslegung wird dabei in aller Regel zu dem Ergebnis führen, dass Betriebsgrundstück und sonstiges Betriebsvermögen als eine Einheit und als solche auch zu einem einheitlichen Zeitpunkt übertragen werden sollen. Denn erstens ergibt sich oftmals schon aus einer Vorbemerkung oder aus sonstigen Formulierungen in

der Urkunde, dass zur Unternehmensnachfolge ein Betrieb übergeben und ein Grundstück, untechnisch gesprochen, als Teil dieses Betriebs mitüberlassen werden sollen. Zweitens folgt der Verknüpfungswille auch daraus, dass nicht nur die Grundstücksübertragung, sondern auch die Überlassung des sonstigen Betriebsvermögens in die notarielle Urkunde aufgenommen wird, ist doch für letztere eine notarielle Beurkundung gemäß § 311b Abs. 1 BGB nur erforderlich, wenn und weil es sich auch bei der Grundstücksveräußerung um einen Teil des einheitlichen Rechtsgeschäfts Unternehmensübertragung handelt.<sup>30</sup> Dass im Rahmen der einheitlichen Unternehmensnachfolge der Parteiwille auf einen zeitgleichen Übergang des gesamten Betriebsvermögens zielt, dürfte die Regel, unterschiedliche Ausführungszeitpunkte hingegen die – nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte anzunehmende – Ausnahme sein.

## V. Folgefragen

### 1. Andere Übertragungszeitpunkte

Vorstehendes betrifft den Fall, dass die Betriebsübergabe erst zu einem nach dem Beurkundungstermin liegenden Stichdatum ausgeführt sein soll, der dingliche Übergang des beweglichen Betriebsvermögens sowie der Besitzübergang an Betriebsgrundstücken also zu einem bestimmten zukünftigen Datum erfolgen sollen. Ausführung der Schenkung des Grundstücks und Ausführung der Schenkung des restlichen Betriebsvermögens fallen dann – vorbehaltlich einer abweichenden Gestaltung (dazu unten VI.) – auseinander.

Soll die Betriebsübergabe hingegen sofort mit Beurkundung erfolgen, so stellt sich die oben dargestellte Problematik nicht, da dann die Grundstücksschenkungen (sofern die Auflassung und die Eintragungsbewilligung erklärt sind) zeitgleich mit der übrigen Betriebsübergabe als ausgeführt gilt. Nichts anderes gilt dann, wenn die Betriebsübergabe schuldrechtlich zu einem vor dem Beurkundungstermin liegenden Datum wirken soll. Diese Parteivereinbarung wirkt sich nämlich auf den Ausführungszeitpunkt der Überlassung des beweglichen Betriebsvermögens nicht aus, da hierfür allein der rechtswirksame Vermögensübergang durch Eigentumsübergang, Abtretung usw. maßgeblich ist.<sup>31</sup> Insofern kann schenkungsteuerlich die Ausführung der (sonstigen) Betriebsübergabe nicht vor der Ausführung der Grundstücksüberlassung liegen. Anderes gilt jedoch dann, wenn die Wirksamkeit der Grundstücksüberlassung erst mit einer schenkungsteuerlich nicht zurückwirkenden Genehmigung eintritt (dazu sogleich 2.).

### 2. Genehmigungserfordernisse

Für alle Grundstücksschenkungen, aber hinsichtlich der hiesigen Thematik der zeitgleichen Ausführung mit besonderer Relevanz stellt sich die Frage, wie es sich steuerrechtlich auswirkt, wenn die zivilrechtliche Wirksamkeit des

24 BFH, Urteil vom 22.09.2004, II R 88/00, ZEV 2005, 34, 35; vgl. hierzu Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, § 9 Rdnr. 54.

25 Hübner, ZEV 2020, 790, 790.

26 BFH, Urteil vom 08.02.2000, II R 9/98, DStRE 2000, 870, 871; Urteil vom 02.02.2005, II R 26/02, DStR 2005, 518, 519.

27 BFH, Urteil vom 17.06.2020, II R 38/17, BFHE 269, 426 = MittBayNot 2021, 643 Rdnr. 19, 27.

28 Wachter, MittBayNot 2021, 551, 552.

29 BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 8/19, ZEV 2022, 108 Rdnr. 31; vgl. auch Stein/Dorn, DStR 2022, 1238, 1240.

30 Vgl. BGH, Urteil vom 19.01.1979, I ZR 172/76, DNotZ 1979, 332.

31 Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, Stand: Juni 2017, § 9 Rdnr. 77 f., 81.

Überlassungsvertrags noch nicht bei Beurkundung gegeben ist, sondern erst durch eine zu einem späteren Zeitpunkt erfolgende Genehmigung eintritt. Dazu hat der BFH entschieden, dass die zivilrechtliche Rückwirkung der Genehmigung (§ 184 BGB) steuerrechtlich unbeachtlich ist, „da sie am maßgeblichen tatsächlichen Geschehensablauf nichts ändert“.<sup>32</sup> Dafür spricht neben § 38 AO<sup>33</sup> vor allem das Prinzip, dass eine Verkehrsteuer nicht rückwirkend entstehen kann.<sup>34</sup>

Die Finanzverwaltung differenziert indes zwischen privatrechtlichen und behördlichen Genehmigungen. Während bei ersteren – also insbesondere bei Nachgenehmigungen durch den vollmachtlos Vertretenen – der gerade genannte Grundsatz gelten soll, wird bei letzteren die Ausführung der Schenkung bereits bejaht, „wenn die Beteiligten alles getan haben, um die Genehmigung herbeizuführen, insbesondere die erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben“ (R E 9.1 Abs. 3 Satz 4 ErbStR). Dies gilt etwa für das Genehmigungserfordernis nach § 2 GrdstVG. Bearbeitungszeiten der Behörden bleiben somit steuerlich unberücksichtigt.

Fraglich ist, ob dies auch für Fälle gilt, in denen Genehmigungen des Familien- oder Betreuungsgerichts erforderlich sind. Sie werden zwar in den Erbschaftsteuer-Hinweisen erwähnt, aber nicht ausdrücklich als privatrechtliche oder behördliche Genehmigungen eingeordnet (HE 9.1 ErbStH). Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, dass die „Besonderheit“ gerichtlicher Genehmigungserfordernisse darin besteht, dass bis zur Erteilung der Genehmigung keine Bindungswirkung entsteht und wegen des Mitteilungserfordernisses nach § 1856 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. ein weiteres Tätigwerden des Vertreters erforderlich ist.<sup>35</sup> Letzterem wird man indes angesichts der in notariellen Urkunden regelmäßig enthaltenen „Doppelvollmacht“ für den Notar<sup>36</sup> keine ausschlaggebende Bedeutung zumessen dürfen.<sup>37</sup> Entscheidend dürfte vielmehr sein, dass auch hier die Bearbeitungszeiten des Gerichts nicht den Beteiligten aufgelastet werden sollten.<sup>38</sup>

Ebenfalls schwierig zu beurteilen ist der Fall der Ergänzungspflegschaft. Zwar wird der Ergänzungspfleger durch das Gericht bestellt, was für die Anerkennung der Rückwirkung sprechen könnte.<sup>39</sup> Andererseits liegt auch hier ein

Fall der vollmachtlosen Vertretung eines formell Beteiligten (nämlich durch die von der Vertretung des Kindes ausgeschlossenen Eltern) vor,<sup>40</sup> über deren Genehmigung der Ergänzungspfleger eigenverantwortlich unter Beachtung des Wohls des Pflégling ( § 1809 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.) entscheidet. Deshalb dürfte es näher liegen, wie bei anderen Nachgenehmigungen, welche die Parteierklärungen selbst betreffen, erst auf die Wirksamkeit durch den Zugang der Genehmigung des Ergänzungspflegers abzustellen. So hat auch der BFH, wenngleich im einkommensteuerrechtlichen Kontext, eine steuerliche Rückwirkung der Genehmigung des Ergänzungspflegers verneint.<sup>41</sup>

Zu hinterfragen ist schließlich, ob für die Zustimmung des Verwalters bzw. des Grundstückseigentümers bei Überlassung von Wohnungs- und Teileigentum bzw. eines Erbbaurechts der für privatrechtliche Genehmigungen geltende Grundsatz der steuerrechtlichen Wirkung ex nunc unbesehen angenommen werden kann. Ein kürzlich vor dem Hintergrund der Änderung des BewG im JStG 2022 erschiene- nes DNotI-Gutachten geht hiervon aus.<sup>42</sup> Zu bedenken ist jedoch, dass die Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG nur aus wichtigem Grund versagt werden darf und auch auf die Zustimmung des Grundstückseigentümers unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 ErbbauRG ein Anspruch besteht. Hier ließe sich durchaus der für behördliche Genehmigungen angewandte Gedanke übertragen, wonach es ausreicht, wenn die Beteiligten alles getan haben, um die Zustimmung herbeizuführen. Dies auch für Zustimmungen zu Geschäftsanteilsveräußerungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG anzunehmen,<sup>43</sup> dürfte allerdings zu weit führen, liegt die Entscheidung hier doch (vorbehaltlich anderweitiger Satzungsregelungen) im Ermessen des Zustimmungsberechtigten.<sup>44</sup>

Das DNotI-Gutachten hat auf eine weitere Sonderproblematik hingewiesen, wenn nämlich bei der Beurkundung ein formell Beteiligter aufgrund einer mündlich oder privatschriftlich erteilten Vollmacht handelt und später eine Vollmachtsbestätigung in der Form des § 29 GBO erfolgt.<sup>45</sup> Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass nach dem BFH eine Grundstücksschenkung ausgeführt ist, wenn die Auflassung beurkundet worden ist, der Schenker die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewilligt hat und der Beschenkte in der Lage ist, von der Bewilligung Gebrauch zu machen.<sup>46</sup> Die Auflassung ist in der beschriebenen Situation zwar mangels Formerfordernisses der Vollmacht

32 BFH, Urteil vom 26.04.2005, II R 52/02, BFHE 210, 507 = MittBayNot 2006, 269, 270.

33 Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, Stand: Juni 2017, § 9 Rdnr. 99.

34 Burandt/Rojahn/Milatz/Christopeit, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 9 ErbStG Rdnr. 26.

35 DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2022, 177, 180.

36 Vgl. etwa Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3739 ff.

37 Anders Beck'sches Notarhandbuch/Krauβ, 7. Aufl. 2019, § 5 Rdnr. 30.

38 Für eine Einordnung als behördliche Genehmigung (ohne weitere Begründung) Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, § 9 Rdnr. 48.

39 So Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, § 9 Rdnr. 48.

40 MünchKomm-BGB/Spickhoff, 8. Aufl. 2020, § 1795 Rdnr. 43.

41 BFH, Urteil vom 12.05.2009, IX R 46/08, BFHE 225, 112 = DStRE 2009, 952, 953; offengelassen noch von FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 28.08.2002, 2 K 111/02, BeckRS 2002, 21011170.

42 DNotI-Report 2022, 177, 179.

43 So Beck'sches Notarhandbuch/Spiegelberger, § 29 Rdnr. 159.

44 MünchKomm-GmbHG/Weller/Reichert, 4. Aufl. 2023, § 15 Rdnr. 412.

45 DNotI-Report 2022, 177, 179.

46 Siehe Nachweise in Fn. 8.

(§ 167 Abs. 2 BGB) materiellrechtlich wirksam. Der Erwerber ist jedoch nicht in der Lage, die Eigentumsumschreibung herbeizuführen, da er die Auflassung und dann, wenn der Veräußerer der Vertretene ist, auch die Eintragungsbewilligung dem Grundbuch nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen kann. Anders als in den Fällen, in denen die noch fehlende behördliche Genehmigung steuerlich unschädlich ist, haben die Beteiligten hier noch nicht alles getan, was sie tun können, nämlich vor allem nicht alle Erklärungen in der gehörigen Form abgegeben. Deshalb erscheint es folgerichtig, die Schenkung erst mit Vorliegen der Vollmachtsbestätigung als ausgeführt anzusehen.<sup>47</sup>

## VI. Gestaltung

Möglichkeiten, die zeitgleiche schenkungsteuerliche Ausführung der Betriebsübergabe und der Grundstücksüberlassung, sicherzustellen, wurden im Zusammenhang mit der BFH-Entscheidung zum Sonderbetriebsvermögen bereits grundlegend erörtert.<sup>48</sup> Die Gestaltungsoptionen lassen sich für den Fall der Übergabe eines Einzelunternehmens mutatis mutandis wie folgt zusammenfassen: (1) Vollzugsanweisung an den Notar, von der Eintragungsbewilligung erst zum Stichtag der Betriebsübergabe Gebrauch zu machen;<sup>49</sup> (2) ausgesetzte Eintragungsbewilligung mit Ermächtigung an den Notar, diese mit einer Eigenurkunde zu erklären; (3) auf den Stichtag der Betriebsübergabe befristete Eintragungsbewilligung.

Eine besondere Gestaltung ist für die Situation angezeigt, dass die Grundstücksschenkung erst dann als ausgeführt gilt, wenn eine erforderliche Genehmigung vorliegt.<sup>50</sup> In diesen Fällen können nämlich die relevanten schenkungsteuerlichen Ausführungszeitpunkte auseinanderfallen, wenn

zum Beispiel eine erforderliche Verwalterzustimmung erst nach der dinglichen Übertragung des beweglichen Betriebsvermögens vorliegt. In diesem Fall sollte bei der Gestaltung nicht der Vollzug der Grundstücksschenkung gehemmt, sondern umgekehrt die dingliche Übertragung des beweglichen Betriebsvermögens unter die aufschiebende Bedingung des relevanten Ereignisses (im Beispiel: des Vorliegens der Verwalterzustimmung) gestellt werden. Anders verhält es sich wiederum, wenn eine Genehmigung nicht nur die Grundstücksübertragung, sondern die gesamte Übergabe betrifft, wie dies insbesondere bei der Nachgenehmigung eines Vertragsteils der Fall ist. Hier tritt die schenkungsteuerliche Ausführung einheitlich erst mit der Nachgenehmigung ein, so dass diesbezügliche Regelungen in der Urkunde entbehrlich sind.

## VII. Fazit

Die schenkungsteuerliche Problematik der „zu frühen“, weil schon bei Beurkundung als ausgeführt geltenden Schenkung des betrieblich genutzten Grundstücks stellt sich nicht nur, wenn das Grundstück zum Sonderbetriebsvermögen eines Mitunternehmers, sondern auch dann, wenn es zum Betriebsvermögen eines Einzelunternehmers zählt. Dies gilt möglicherweise auch für landwirtschaftliche Übergaben, wenn und soweit zum landwirtschaftlichen Vermögen auch selbst bewirtschaftete Grundstücke im Sinne des § 159 BewG zählen.<sup>51</sup> Der steuerrechtlich sensibilisierte Notar wird dieses Thema also nicht unter den Stichworten „Kommanditgesellschaft/Mitunternehmeranteil/Sonderbetriebsvermögen“, sondern unter „Betriebsgrundstück“ gedanklich abspeichern und ggf. eine entsprechend angepasste Gestaltung der Überlassungsurkunde ins Auge fassen.

47 So auch FG Hamburg, Urteil vom 04.12.1989, II 87/87, BeckRS 1989, 7218 Rdnr. 87 ff.

48 Wachter, MittBayNot 2021, 551, 553 ff.; siehe auch Wälzholz, ZEV 2017, 535, 539.

49 Siehe dazu oben IV. 2. mit Fn. 26.

50 Siehe dazu oben V. 2.

51 Dazu Kroiß/Horn/Solomon/Holler/Schmidt, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 35 Rdnr. 136.



# Praxisupdate Erbbaurecht

Von Notar Dr. **Luitpold Graf Wolffskeel v. Reichenberg**, Bamberg

Der folgende Beitrag knüpft an das letzte Praxisupdate Erbbaurecht (MittBayNot 2022, 215) an und gibt einen Überblick über ausgewählte notarrelevante Entwicklungen im Erbbaurecht, die sich seitdem ergeben haben. Insbesondere lohnt sich der Blick auf einige Gerichtsentscheidungen, um hier up to date zu bleiben.

## I. Entschädigungsanspruch bei Heimfall – OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022, 10 U 278/21

Das OLG Stuttgart hatte sich in seiner Entscheidung vom 13.09.2022<sup>1</sup> insbesondere mit der Prüfung des Entschädigungsanspruchs bei Heimfall des Erbbaurechts auseinandersetzen. Eine öffentliche Körperschaft hatte ein Erbbaurecht vergeben und machte ihren Heimfallanspruch geltend.

Von banaler Richtigkeit ist zunächst die Feststellung des Gerichts, dass die wirksame Ausübung des Heimfallanspruchs nicht zur Beendigung des Erbbaurechts führt, sondern lediglich einen Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts begründet (vgl. § 2 Nr. 4 ErbbauRG). Spannender ist die Prüfung des Gerichts betreffend die Angemessenheit der Entschädigungsforderung. Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG steht dem Erbbauberechtigten beim Heimfall grundsätzlich ein Entschädigungsanspruch gegen den Grundstückseigentümer zu. Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG können jedoch Vereinbarungen über diese Entschädigungsforderung zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden.

Dies stellt auch der Senat nicht in Abrede. Im konkreten Fall war im Erbbaurechtsvertrag der gänzliche Ausschluss der Entschädigungsforderung vereinbart worden. Das OLG hält dies wegen eines Verstoßes gegen § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB für unwirksam. Das Gericht führt unter Rekurs auf den BGH<sup>2</sup> aus, dass das Gebot angemessener Vertragsgestaltung für alle Verträge über Erbbaurechte gelte, die von öffentlichen Körperschaften in Verfolgung eines öffentlichen Zwecks zur Ausgabe an Private bestellt werden. Der komplette Ausschluss der Entschädigungsforderung verstößt hier nach Ansicht des Senats gegen diesen Grundsatz. Insbesondere der Umstand, dass der Erbbauberechtigte nach dem Erbbaurechtsvertrag zu einer Bebauung verpflichtet war, führe zu einer Unangemessenheit, weil die hierdurch bedingten Wertsteigerungen alleine dem Grundstückseigentümer zugutekommen.

In der notariellen Praxis ist daher daran zu denken, dass der Erbbaurechtsvertrag unter Umständen an § 11 Abs. 2 BauGB zu messen ist und mithin einer Angemessenheitskontrolle standhalten muss. Dies kann dazu führen, dass Vereinbarungen, die ansonsten zulässig wären, unwirksam sind. Dies betrifft insbesondere Vereinbarungen über die Entschädigungsforderung beim Heimfall des Erbbaurechts; insoweit stets zu beachten ist § 27 Abs. 2 ErbbauRG, wonach die Entschädigung mindestens zwei Drittel des gemeinen Wertes betragen muss, den das Bauwerk bei Ablauf des Erbbaurechts hat, wenn das Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt wurde. Äußerst umstritten und vom BGH bisher nicht entschieden ist, inwieweit ein Ausschluss der Entschädigungsforderung durch AGB möglich ist.<sup>3</sup>

## II. Erlöschen und Verlängerung des Erbbaurechts

Wie bereits vor einiger Zeit prognostiziert,<sup>4</sup> häufen sich allmählich gerichtliche Entscheidungen, die das Erlöschen eines Erbbaurechts aufgrund Zeitablaufs bzw. die Verlängerung eines Erbbaurechts aufgrund drohenden Zeitablaufs betreffen.

### 1. Grundbuchrechtliche Behandlung des Erlöschens – KG, Beschluss vom 20.12.2021, 1 W 295/21

Mit gleich mehreren (grundbuch-)rechtlichen Fragen bei Erlöschen eines Erbbaurechts durch Zeitablauf beschäftigt sich das KG in seinem Beschluss vom 20.12.2021.<sup>5</sup>

Sofern für das Erbbaurecht (wie meist) eine Zeitbegrenzung vereinbart wurde, erlischt das Erbbaurecht bei Zeitablauf ipso iure,<sup>6</sup> sofern es nicht zuvor verlängert wurde. Das Grundbuch ist sodann unrichtig.<sup>7</sup> Wenn kein Ausschluss vereinbart ist (§ 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG), entsteht in diesem Moment zudem die Entschädigungsforderung des bisherigen Erbbauberechtigten (§ 27 Abs. 1 ErbbauRG).<sup>8</sup>

1 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022, 10 U 278/21, ErbbauZ 2022, 167.

2 BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179.

3 Vgl. zum Meinungsstand etwa BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18, DNotZ 2019, 627; Staudinger/Rapp, Neub. 2021, Erbbaurecht, § 27 Rdnr. 8d ff.; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rdnr. 116.

4 Vgl. Wolffskeel v. Reichenberg, MittBayNot 2021, 219.

5 KG, Urteil vom 20.12.2021, 1 W 295/21, 1 W 298/21, DNotZ 2022, 618.

6 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 204.

7 Staudinger/Rapp, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 2.

8 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 204 bezeichnen die Rechtsfolgen als „doppelte dingliche Surrogation“.

Im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH<sup>9</sup> geht das Gericht davon aus, dass das Erlöschen des Erbbaurechts ohne Bewilligung des Entschädigungsberechtigten<sup>10</sup> aufgrund Unrichtigkeit des Grundbuchs nur eingetragen werden kann, wenn zugleich die Entschädigungsforderung (natürlich nur, wenn diese nicht ausgeschlossen wurde)<sup>11</sup> in das Grundbuch eingetragen wird. Hierbei kann – was das KG nochmals bestätigt – die Entschädigungsforderung auch ohne Bezifferung eingetragen werden.<sup>12</sup>

Weiterhin erlöschen mit dem Erbbaurecht zugleich die Belastungen des Erbbaurechts.<sup>13</sup> Das KG weist darauf hin, dass eine gesonderte Löschung dieser Belastungen nicht erforderlich ist; es bedarf weder eines gesonderten Antrags noch einer Löschungszustimmung gemäß § 27 GBO. Jedoch setzen sich die Ansprüche von Grundpfandrechtsgläubigern bzw. Reallastgläubigern materiellrechtlich gemäß § 29 ErbbauRG an der Entschädigungsforderung fort. Dies ist grundsätzlich im Rahmen der Grundbuchberichtigung als Vermerk bei der Entschädigungsforderung einzutragen.<sup>14</sup> Die Eintragung eines solchen Vermerks kann nach Ansicht des KG nur unterbleiben, wenn der Gläubiger bereits die Löschung des Grundpfandrechts bewilligt hatte und der Erbbauberechtigte zustimmt (§ 27 Satz 1 GBO) oder das Grundbuch durch die Eintragung des Vermerks nachweislich unrichtig würde (§ 27 Satz 2 GBO).

Für die notarielle Praxis bleibt festzuhalten, dass mit Zeitablauf des Erbbaurechts das Grundbuch in mehrfacher Hinsicht unrichtig wird und eine Berichtigung grundsätzlich nicht partiell erfolgen kann. Da nach Ansicht des BGH die Entschädigungsforderung auch unbeziffert in das Grundbuch eingetragen werden kann, stellt dies jedoch keine große Hürde dar.

## 2. Verlängerungsvoraussetzungen – OLG Rostock, Beschluss vom 24.01.2022, 3 W 53/20

Soll das Erbbaurecht nicht durch Zeitablauf erlöschen, sondern verlängert werden, ist in der Praxis vor allem darauf zu achten, dass die Verlängerung rechtzeitig angegangen wird.<sup>15</sup> Die Verlängerung ist eine Inhaltsänderung des Erbbaurechts (§ 877 BGB).<sup>16</sup> Sie ist daher nur möglich, solange

das Erbbaurecht nicht erloschen ist.<sup>17</sup> Neben der Einigung (§§ 877, 873 BGB) und sonstiger etwa erforderlicher Genehmigungen und Zustimmungen<sup>18</sup> ist daher auch die rechtzeitige Eintragung der Verlängerung im Grundbuch erforderlich.<sup>19</sup> Bereits im Praxisupdate Erbbaurecht 2021 wurde darauf hingewiesen, dass hierfür als besonders zeitkritischem Faktor auch die steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung vorliegen muss.<sup>20</sup>

Dass auch an landesspezifische öffentlichrechtliche Vorgaben zu denken ist, verdeutlicht die Entscheidung des OLG Rostock vom 24.01.2022.<sup>21</sup> Das Gericht geht in seiner Entscheidung davon aus, dass die Eintragung der Verlängerung eines für ein gemeindeeigenes Grundstück bestellten Erbbaurechtes im Grundbuch entweder einer Vollwertigkeitserklärung gemäß § 56 Abs. 7 Satz 1 KV M-V oder einer Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde gemäß § 56 Abs. 6 Nr. 1 KV M-V bedarf.

## III. Antragsbefugnis des Grundstückseigentümers – OVG Lüneburg, Urteil vom 12.05.2022, 1 KN 37/20

Wengleich das öffentliche Baurecht nicht zum Kernbereich notarieller Tätigkeit zählt, lohnt sich ein kurzer Blick auf die Entscheidung des OVG Lüneburg vom 12.05.2022,<sup>22</sup> da sie das Verhältnis von Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigten beleuchtet:

Zu entscheiden war die Frage, ob (auch) der Grundstückseigentümer im Normenkontrollverfahren gegen einen Bebauungsplan antragsbefugt ist. Nach Ansicht des Gerichts ist dies der Fall, da ein Bebauungsplan typischerweise langfristig angelegt ist. Ansonsten wäre der Grundstückseigentümer zur Sicherung seiner Eigentümerinteressen darauf angewiesen, dass der Erbbauberechtigte tätig wird. Die (zusätzlich) gegebene Antragsbefugnis des Erbbauberechtigten schließt die Antragsbefugnis des Grundstückseigentümers nicht aus.

Das OVG Lüneburg grenzt sich von der Entscheidung des OVG Schleswig vom 21.10.2020<sup>23</sup> ab. Gegenstand dieses Verfahrens war die Frage, ob der Grundstückseigentümer in einem Normenkontrollverfahren gegen eine Veränderungssperre antragsbefugt ist. Dies wurde vom OVG Schleswig im Hinblick auf die zeitlich nur begrenzte Wirkung der Veränderungssperre verneint, da der Grundstückseigentümer im konkreten Fall aufgrund eines langfristigen Erbbaurechts

9 BGH, Beschluss vom 11.04.2013, V ZB 109/12, DNotZ 2013, 850; vgl. aus der Literatur etwa Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 12. Aufl. 2022, § 27 Rdnr. 2; Staudinger/Rapp, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 2b.

10 Hierzu Staudinger/Rapp, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 2a.

11 KG, Beschluss vom 04.12.2018, 1 W 369-370/18, MittBayNot 2019, 341.

12 BGH, Beschluss vom 11.04.2013, V ZB 109/12, DNotZ 2013, 850, 857; Staudinger/Rapp, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 2b.

13 Staudinger/Rapp, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 3; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, Rdnr. 242.

14 Vgl. auch Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 8; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, Rdnr. 246.

15 Vgl. Weber, ZWE 2019, 251; Wilsch, ErbbauZ 2021, 9, 10.

16 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 150, 223; Weber, ZWE 2019, 251; Wilsch, ErbbauZ 2021, 9, 10.

17 Ott, notar 2015, 75, 81; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 159; Weber, ZWE 2019, 251; Wilsch, ErbbauZ 2021, 9, 10.

18 Eingehend zu den Voraussetzungen Wilsch, ErbbauZ 2021, 9.

19 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 159, 231; Weber, ZWE 2019, 251.

20 MittBayNot 2021, 219, 224.

21 OLG Rostock, Beschluss vom 24.01.2022, 3 W 53/20, ErbbauZ 2022, 70.

22 OVG Lüneburg, Urteil vom 12.05.2022, 1 KN 37/20, ErbbauZ 2022, 108.

23 OLG Schleswig, Urteil vom 21.10.2020, 1 KN 17/19, NVwZ-RR 2021, 241.

rechtsvertrags für den Zeitraum der Veränderungssperre sowieso von einer Nutzung des Grundstücks ausgeschlossen war.

Allgemein ist in der Praxis zu bemerken, dass das Erbbaurecht im Rahmen des öffentlichrechtlichen Baurechts teilweise auf Probleme stößt. Dies dürfte in vielen Fällen an einer Unkenntnis des Wesens des Erbbaurechts liegen; eine entsprechende Behandlung muss jedoch einem separaten Aufsatz vorbehalten bleiben.

#### IV. Notarielle Belehrungspflichten – OLG Hamm, Urteil vom 04.02.2022, 11 U 124/18

Mit der Reichweite notarieller Belehrungspflichten beim Kaufvertrag über ein Erbbaurecht beschäftigt sich die Entscheidung des OLG Hamm vom 04.02.2022.<sup>24</sup> Der Senat leitet aus § 17 Abs. 1 BeurkG weitreichende notarielle Pflichten ab:

Dem Notar sei vorzuwerfen, dass „er es unterlassen hat, den Erbbaurechtsvertrag anzufordern, einzusehen und auf seine Relevanz hin zu überprüfen sowie die Klägerin über den bedeutsamen Inhalt in Kenntnis zu setzen und zu belehren“. Der Notar habe vor der Beurkundung des Kaufvertrags den Erbbaurechtsvertrag anzufordern, da er dessen Wirksamkeit zu prüfen habe. Zudem könne er die rechtliche Reichweite des Eintritts des Käufers in den Erbbaurechtsvertrag nur bei Kenntnis des Erbbaurechtsvertrags hinreichend überblicken. Die unmittelbaren Rechtsfolgen, über die der Notar belehren muss, sollen sich nach Ansicht des Senats nicht nur aus dem Kaufvertrag, sondern auch aus dem Erbbaurechtsvertrag ergeben.

Jedenfalls in dieser Pauschalität überspannt das OLG Hamm die Anforderungen an die notariellen Pflichten und ist daher in der Literatur zu Recht auf Kritik gestoßen.<sup>25</sup> Der Notar hat nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG über „die rechtliche Tragweite des Geschäfts“ zu belehren. Er muss über die unmittelbaren Folgen des Geschäfts (hier: Kaufvertrag) belehren, nicht aber über bloß mittelbare Folgen.<sup>26</sup> (Auch) aus § 21 BeurkG ergibt sich grundsätzlich keine Pflicht des Notars, die Grundakten einzusehen.<sup>27</sup>

Der Notar ist demzufolge nicht verpflichtet, bei der Beurkundung der Veräußerung eines Erbbaurechts den Erbbaurechtsvertrag anzufordern, um die Wirksamkeit der Bestellung des Erbbaurechts zu prüfen, sondern kann in aller Regel von der wirksamen Bestellung eines im Grundbuch eingetragenen Erbbaurechts ausgehen. Insoweit ist die Situation vergleichbar mit der Beurkundung eines Veräuße-

rungsvertrags über eine WEG-Einheit,<sup>28</sup> bei welcher der Notar grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Grundakten (und somit die Teilungserklärung) einzusehen.<sup>29</sup> Auch bezüglich der Belehrungspflichten betreffs der Folgen des Eintritts des Erwerbers in den Erbbaurechtsvertrag geht die Entscheidung des OLG Hamm zu weit.<sup>30</sup> Selbst wenn im Kaufvertrag der Eintritt in die schuldrechtlichen Vereinbarungen aus dem Erbbaurechtsvertrag besonders geregelt werden muss, ist der Inhalt der Vereinbarungen, in die der Käufer eintritt, eine nur mittelbare Folge.<sup>31</sup>

#### V. Erbbaurecht und WEG

Wird ein Erbbaurecht nach WEG aufgeteilt (vgl. § 30 WEG), ist der Notar aufgrund der entstehenden Komplexität besonders gefordert. Hierbei stehen zum einen genuin erbbaurechtliche und genuin WEG-rechtliche Gesichtspunkte nebeneinander. Da die beiden Rechtsinstitute gewisse Gemeinsamkeiten aufweisen, lassen sich einige Fragen ähnlich lösen.<sup>32</sup>

Jedoch entstehen durch die Kombination von Erbbaurecht und WEG auch eigene rechtliche Probleme. Dies betrifft insbesondere den Entschädigungsanspruch (§ 27 ErbbauRG) des Erbbauberechtigten bei Zeitablauf des Erbbaurechts.<sup>33</sup> Gemäß § 27 Abs. 3 ErbbauRG kann der Grundstückseigentümer seine Entschädigungspflicht dadurch abwenden, dass er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks verlängert; lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung.

Lehnt zumindest ein Inhaber einer Wohnungs- bzw. Teilerbbaurechtseinheit das Angebot des Grundstückseigentümers ab, erlischt nach allgemeiner Ansicht das Erbbaurecht,<sup>34</sup> da es sich um *ein* Erbbaurecht handelt und nicht für einzelne WEG-Einheiten fortbestehen kann.<sup>35</sup> Fraglich ist jedoch, ob in diesem Fall der Entschädigungsanspruch auch für diejenigen erlischt, die das Verlängerungsangebot annehmen wollten. Unklar ist auch, ob und wie diesem au-

24 OLG Hamm, Urteil vom 04.02.2022, 11 U 124/18, ErbbauZ 2022, 114 m. Anm. Meusel.

25 BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.12.2022, § 17 Rdnr. 48; BeckOK-BeurkG/Köther, Stand: 15.09.2022, § 17 Rdnr. 10.4; eingehend und treffend Dieckmann/Hofstetter, BWNotZ 2022, 412, 421 ff.

26 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 22.07.2010, III ZR 293/09, MittBayNot 2011, 78; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 41; BeckOK-BeurkG/Köther, § 17 Rdnr. 22.

27 Statt aller BeckOGK-BeurkG/Regler, § 21 Rdnr. 17 ff. m. w. N.

28 BeckOK-BeurkG/Köther, § 17 Rdnr. 10.4; Dieckmann/Hofstetter, BWNotZ 2022, 412, 423 f.

29 Vgl. BGH, Urteil vom 04.12.2008, III ZR 51/08, DNotZ 2009, 444; OLG Koblenz, Urteil vom 12.12.2001, 1 U 1394/00, RNotZ 2002, 116; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 56; BeckOK-BeurkG/Köther, § 17 Rdnr. 10.3.

30 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 48; Dieckmann/Hofstetter, BWNotZ 2022, 412, 424 ff.; a. A. wohl BeckOK-BeurkG/Köther, § 17 Rdnr. 18.8.

31 Dieckmann/Hofstetter, BWNotZ 2022, 412, 424 f.

32 Vgl. etwa zu den Zustimmungserfordernissen nach § 5 ErbbauRG und § 12 WEG: Wolffskeel v. Reichenberg, ErbbauZ 2020, 130.

33 Eingehend dazu Dieckmann, ErbbauZ 2023, 2; Weber, ZWE 2019, 251; siehe auch Schneider, ZfIR 2018, 589, 594 ff.; vgl. auch Wolffskeel v. Reichenberg, ErbbauZ 2022, 158, 160 f.

34 Vgl. Staudinger/Rapp, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 20a; Weber, ZWE 2019, 251 f. m. w. N.

35 Vgl. Weber, ZWE 2019, 251.

genscheinlich fatalen Ergebnis kautelarjuristisch entgegengetreten werden kann. In der Literatur werden hierzu bisher nur vereinzelt Vorschläge unterbreitet,<sup>36</sup> die im Rahmen dieses Praxisupdates nicht darzustellen sind. Aus meiner Sicht ist hier – und an weiteren Stellen des ErbbauRG – der Ge-

setzgeber berufen, eine klare Lösung zu schaffen.<sup>37</sup> Die Problematik sollte dem Notar als Vertragsgestalter jedoch zumindest bekannt sein.

36 Siehe *Weber*, ZWE 2019, 251.

37 Eingehend und auch zu anderen Reformerfordernissen im Erbbaurecht: *Wolffskeel v. Reichenberg*, ErbbauZ 2022, 158.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN



## BUCHBESPRECHUNGEN

**Ursula Bumiller/Dirk Harders/Werner Schwamb:**

### **FamFG. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit**

13. Aufl., C. H. Beck, 2022. 1733 S., 139 €

Von Richter am KG Dr. **Martin Menne**, Berlin

Die vorliegende Auflage wurde von zwei Verfassern, dem Notar *Dirk Harders* – einem aktiven Notar im südlichen Rheinland-Pfalz – und *Werner Schwamb* – einem langjährigen, mittlerweile pensionierten Vorsitzenden eines Familiensenats des OLG Frankfurt a. M. –, ihrer Mitautorin und Mitbegründerin des Werkes, *Ursula Bumiller*, gewidmet: Frau *Bumiller* ist im Mai 2022 im Alter von 92 Jahren verstorben. Sie war zuletzt Vorsitzende Richterin am LG Düsseldorf und hat eine 1964 vom Bundesministerium der Justiz gebildete Kommission für die Reform des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit begleitet, die 1977 mit dem Abschlussbericht den Entwurf einer neuen Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit vorgelegt hat. Zusammen mit Professor Dr. *Karl Winkler*, zuletzt Notar in München, hat sie das Werk 1973, als Kommentar zum damaligen FGG, begründet. Der beliebte Band hat unter dem Titel *Bumiller/Winkler*, FGG, acht Auflagen erlebt, bevor er mit der 9. Auflage 2009 unter dem Titel *Bumiller/Harders*, FamFG, als Erläuterungswerk zu dem 2009 in Kraft getretenen FamFG fortgeführt wurde. Im Vorwort zu der jetzt, drei Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe vorgelegten Neuauflage heißt es, *Ursula Bumiller* habe noch die Manuskripte für den vorliegenden Band abgeliefert, die später vom Mitautor *Schwamb* aktualisiert wurden: Sie hat wahrlich für „ihren“ Kommentar gelebt.

Das dünne Bändchen, das zu „FGG-Zeiten“ knapp über 800 Seiten umfasste, ist im Laufe der Zeit kräftig gewachsen und zählt mittlerweile über 1700 eng beschriebene Seiten auf Dünndruckpapier. Es ist ein echter Kommentar zum Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Denn das FamFG wird in seiner gesamten Breite erläutert, neben dem allgemeinen Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem Familienverfahrensrecht sind daher auch das Betreuungsrecht, die Nachlass- und Teilungssachen sowie die Registersachen, das Aufgebotsverfahren und das Verfahren in sonstigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthalten. Die Kommentierung des gesamten Gesetzes „aus einem Guss“ ist unverändert ein großer Vorteil des Werkes: Die Nutzerinnen und Nutzer erhalten rasch eine zuverlässige und solide Orientierung in allen Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Autoren verstehen ihren Band (noch) als „Kurz-Kommentar“. Das zeigt sich etwa daran, dass der Fußnotenapparat nicht am Seitenende abgedruckt ist, sondern die Nachweise in den Text der Erläuterungen integriert sind, was ihren Umfang naturgemäß etwas begrenzt. Das mag auch der Grund dafür sein, dass die aus manchen anderen Werken bekannten Literaturübersichten vor einzelnen Abschnitten leider fehlen. Etwas schade ist,

dass der eigentlichen Kommentierung eine sehr umfangreiche Einleitung vorangestellt ist, in der auf die einzelnen Änderungsgesetze des FamFG – teilweise sogar noch zum längst aufgehobenen FGG – unverhältnismäßig breit eingegangen wird: Der hier vergebene Platz fehlt an anderer Stelle, um beispielsweise verstärkt die Entwicklungslinien der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Besonderheiten des FamFG aufzuzeigen.

Nicht ganz zu verleugnen ist, dass man sich bei einzelnen Kommentierungen, etwa den Erläuterungen zu dem im Jahr 2021 umfassend überarbeiteten Recht der Verfahrensbeistandschaft (§§ 158 ff. FamFG) oder der Kindesanhörung (§ 159 FamFG), des Eindrucks nicht erwehren kann, dass der Blick der nicht mehr aktiv tätigen Kommentatoren auf die Probleme der derzeitigen familiengerichtlichen Praxis etwas getrübt sein könnte. Ähnliches gilt leider auch für die Bearbeitung der §§ 14 ff. FamFG, in denen die Grundlagen für die Führung elektronischer Akten sowie zur verpflichtenden Übermittlung von Anträgen und Schriftsätzen im gerichtlichen Verfahren ausschließlich in elektronischer Form und die Nutzungspflicht u. a. auch für Notare (§ 14b FamFG) geregelt sind: Gerade hier, in einem durch einen enormen Entwicklungsschub und rasche Neuerungen geprägten, durchaus auch haftungsträchtigen Bereich wäre eine etwas tiefer schürfende, eingehendere Darstellung wünschenswert. Die fehlenden Ausführungen finden sich teilweise an anderer, versteckter Stelle, nämlich bei der Erläuterung von § 229 FamFG, der Regelung des elektronischen Rechtsverkehrs zwischen den Familiengerichten und den Versorgungsträgern im Rahmen des Verfahrens zur Regelung des Versorgungsausgleichs: Wünschenswert wäre, wenn die Kommentierungen der §§ 14 ff. FamFG und des § 229 FamFG besser aufeinander abgestimmt und auf ein einheitliches Niveau zusammengeführt werden könnten.

Zu der von Seiten der familiengerichtlichen Praxis vorgebrachten massiven Kritik an gesetzgeberischen Neuregelungen, wie beispielsweise jüngst die Verschärfung der Verpflichtung der Familiengerichte, betroffene Kinder anzuhören (§ 159 FamFG), oder die heftig als kontraproduktiv und über das intendierte Ziel hinauschießende Änderung des Beschwerdeverfahrens durch § 68 Abs. 5 FamFG (vgl. u. a. *Götz*, NJW-aktuell 42/2002), findet sich im Kommentar leider nichts. Ähnliches gilt auch für die nötigen Hinweise – etwa in den Erläuterungen zu § 26 FamFG, zu §§ 97 ff. FamFG oder im Anhang GVG Rdnr. 17 – auf die in grenzüberschreitenden Familienrechtssachen immer wichtiger werdenden Hilfsmittel für die Praxis, etwa die Verbindungsrichter und das Europäische Justizielle Netz für Zivil- und Han-

delssachen (vgl. näher *Menne*, NJ 2021, 497 ff.), zu dessen Nutzung die Gerichte, wie das BVerfG bereits vor Jahren entschieden hat (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.09.2015, 1 BvR 1321/13, FamRZ 2016, 26), verpflichtet sind: In diesen Bereichen enthält das eigentlich vortreffliche Werk inzwischen dann doch die eine oder andere Lücke, die aus Sicht eines Praktikers der Schließung bedarf.

Die wahren Stärken des Bandes zeigen sich an anderen Stellen: Zu den Highlights zählt die außerordentlich solide, überzeugende Erläuterung der beiden ersten Abschnitte des Verfahrens in Familiensachen; nämlich die allgemeinen Vorschriften (§§ 111 ff. FamFG) und das Verfahren in Ehesachen (§§ 121 ff. FamFG). Der dort (§ 150 FamFG Rdnr. 16) vertretenen Auffassung, wonach die Kostenregelung des § 150 FamFG als Spezialregelung für die Kostenverteilung in Scheidungs- und Scheidungsfolgesachen nach den „allgemeinen Bestimmungen“ gemäß den § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO vorgeht, hat sich der BGH in einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung (BGH, FamRZ 2023, 117 Rdnr. 43) angeschlossen. Auch die Kommentierung der §§ 217 bis 229 FamFG, des Verfahrens in Versorgungsausgleichssachen, überzeugt in jeder Hinsicht: Sehr zu begrüßen ist zunächst der den Erläuterungen vorangestellte, gelungene Überblick über die materielle rechtliche Regelung des Versorgungsausgleichs, der dem Nutzer hilft, sich in dem komplexen Rechtsgebiet besser zu orientieren. Die folgende Darstellung des Verfahrens in Versorgungsausgleichssachen erfasst auch die letzten Einzelheiten und Details. Die durch umfassende Nachweise, insbesondere der obergerichtlichen Rechtsprechung, gut „unterfütterten“, kenntnisreichen Erläuterungen sind in der Praxis eine wertvolle Hilfe. Ähnliches gilt auch für die Kommentierung des Verfahrens in Unterhaltssachen (§§ 231 ff. FamFG): Auch dieser Abschnitt wird durch einen sehr pointierten, lesenswerten Überblick über die materielle Rechtslage eingeleitet, in der insbesondere auf die „Düsseldorfer Tabelle“ und deren jüngste Änderungen sehr kritisch eingegangen wird (Vor § 231 Rdnr. 6, 8), bevor detailliert und kenntnisreich – etwa zur verfahrensrechtlichen Auskunftspflichtung

nach § 235 FamFG (§ 235 FamFG Rdnr. 9) – das Unterhaltsverfahren aufbereitet wird: Die Ausführungen belegen die hohe Qualität und große Praxistauglichkeit des Werkes.

Einer der Schwerpunkte der Neuauflage ist die Einarbeitung der verfahrensrechtlichen Auswirkungen der Anfang 2023 in Kraft getretenen, umfassenden Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts. Der entsprechende Abschnitt (§§ 271 bis 311 FamFG) wurde noch von *Ursula Bumiller* bearbeitet; er ist – insgesamt betrachtet – gut gelungen. Die Erläuterungen werden ebenfalls durch einen kurzen Überblick eingeleitet. Wünschenswert wäre, wenn hier – aber auch an der einen oder anderen weiteren Stelle – vermehrt auf die Einführungs- und Überblicksliteratur zur Betreuungsrechtsreform verwiesen worden wäre. Die neuen Regelungen sind durchweg eingearbeitet und die Querverweise auf das materielle Betreuungsrecht aktualisiert.

Die notarielle Praxis wird die Erläuterung des Aufgebotsverfahrens (§§ 433 ff. FamFG) zu schätzen wissen: Auch an dieser Stelle wird die Kommentierung durch einen gelungenen, kurzen Überblick eingeleitet, der vielleicht noch durch die eine oder andere Belegstelle aus der Aufsatzliteratur ergänzt werden könnte. Die eigentlichen Erläuterungen sind sehr präzise und stets gut nachvollziehbar; sie werden durch umfangreiche Zitate zumeist aus der obergerichtlichen Rechtsprechung schön illustriert.

Abgerundet wird der insgesamt empfehlenswerte Band durch einen kurzen, bisweilen auch nur cursorischen Überblick zu einigen ausgewählten Aspekten des GVG wie beispielsweise sitzungspolizeiliche Maßnahmen, Gerichtssprache, Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland oder Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer.

Fazit ist: Wer dem FamFG „auf den Grund“ gehen will, ist mit dem *Bumiller/Harders/Schwamb* gut bedient; das bewährte Werk stellt eine ideale Ergänzung zu manchen anderen, stärker am Familienverfahrensrecht ausgerichteten Erläuterungsbüchern dar.



**Timo Fest/Christian Gomille (Hrsg.):**

**Festschrift für Johannes Hager zum 70. Geburtstag am 09.07.2021**

Duncker & Humblot, 2021. 576 S., 169,90 €

Von Richter am LG (abgeordnet an das Oberlandesgericht Bamberg),  
**Dr. Alexander Müller-Teckhof, Bamberg**

Am 09.07.2021 vollendete Professor Dr. *Johannes Hager* sein 70. Lebensjahr. Herausgegeben von seinen beiden ehemaligen Habilitanden und gefördert von den Trägern der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München, wurden der Jubilar und sein vielfältiges bisheriges juristisches Lebenswerk durch eine Festschrift geehrt.

Während *Köhler* in seinem Beitrag notariell beurkundete Rechtsgeschäfte demenzkranker Personen behandelt und damit den Abschnitt Grundfragen und Allgemeiner Teil der Festschrift eröffnet, spannt *Petersen* mit Kants Idee eines Weltbürgerrechts als Absage an jeden einseitig nationalstaatlich ausgerichteten engstirnigen Provinzialismus einen weiten Bogen, bevor *Riehm* Anmerkungen zu 20 Jahren elektronischer Form im BGB als Plädoyer für einen vollständigen Neuanfang bei der Gestaltung von Formvorschriften zugunsten der Digitalisierung des Privatrechtsverkehrs in Deutschland folgen lässt. *Streinz* nimmt mit dem Notarrecht als Prüfungsgegenstand des Unionsrechts die bedeutsame Rechtsprechung des EuGH zur Rechtsstellung der Notare aus den Jahren 2011 und 2017 in den Blick. *Looschelders* Ausführungen zum Schutz des Geschädigten durch Versicherungspflichten bei Amtspflichtverletzungen von Notaren bringen die haftpflicht- und mehrschichtige versicherungsrechtliche Perspektive notariellen Tätigwerdens in das Werk ein. *Peres* widmet sich methodisch dem Verhältnis von empirischer und normativer Auslegung in der Rechtsprechung und betont die Vertragsfreiheit als notwendiges Grundelement der Privatautonomie.

Im Abschnitt zur Geschichte des Notariats unternehmen *Herrmann* und *Suppé* die Kurzbilanz eines Paradigmenwechsels im Zusammenhang mit der Priesteranwesenheit bei Testamenterrichtung. Bemerkenswert erscheine, dass die Anwesenheit des Priesters erst die Lösung des Problems bildete, doch zunehmend selbst Auslöser eines anderen Problems geworden sei, nämlich ihrer Wahrnehmung als situativ-strukturelle Gefährdung für die Testierfreiheit. *Lepsius'* Ausführungen tragen den im ersten Teil der Überschrift zeitlosen Titel „Notare als Rückgrat der Justiz im kommunalen Italien des 12. bis 15. Jahrhunderts“ und *Plat-schek* beleuchtet das ebenso zeitlose Thema Juristen und Formulare anhand der Rede Marcus Tullius Ciceros pro Murena.

Die Frage eines Tätigwerdens ausländischer Notare bei einem in Deutschland belegenen Grundstück nehmen *Coester-Waltjen* und *Coester* in den Blick und differenzieren zwischen notarieller Beurkundung einer privatrechtlichen Erklärung und der Mitwirkung an der Bestätigung eines Austauschs von Einigungserklärungen durch notarielle Beurkundung. *Kanzleiter* und *Lemcke* behandeln die Beur-

kundungsbedürftigkeit späterer Änderungen eines Grundstücksveräußerungsvertrages. Während Letzterer Lösungsmöglichkeiten der Sicherung des Veräußerers trotz Erklärung der Auflassung durch zusätzliche Gestaltungen aufzeigt, setzt Ersterer in den Ausführungen bereits bei klassischer Abwicklung des Grundstücksveräußerungsvertrages nach dem Abstraktionsprinzip an und regt zusammen mit seinem Mitautor eine „kostenneutrale“ Lösung zur Rettung von Savignys Erbe an. *Kössinger* führt in seinem Beitrag zu Fragen der Zustimmung nach § 5 ErbbauRG und § 12 WEG aus und argumentiert, mit der Sicht, dass es sich bei den Vorschriften nicht um eine Verfügungsbeschränkung, sondern um eine inhaltliche Ausgestaltung des Rechts im Sinne einer Fungibilitätsbeschränkung handele, ließen sich alle praktischen Ergebnisse der überzeugenden BGH-Rechtsprechung ohne Umwege und offene Restfragen konsistent beantworten. Einen rechtlich-empirischen Überblick zu nachbarrechtlichen Dienstbarkeiten unter Problemanalyse und mit Anregungen für die notarielle Praxis in den nachbarrechtlichen Konfliktlagen Lärm, Laub, Licht, Luft, Wasser, Wurzeln und Strahlung gibt *Vieweg*. Belehrungen bei Teilung eines bebauten Grundstücks sind das Thema der Ausführungen von *Vorwerk*, die an die Entscheidung des BGH vom 22.01.2021 (V ZR 12/19, NJW-RR 2021, 401) anknüpfen. *Würdingers* Gedanken zur Vertragsfreiheit und Verteilung der Maklerkosten beim Immobilienkauf unterziehen das Gesetz über die Verteilung von Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser vom 12.06.2020 (BGBl. I, S. 1245) aufgrund eines bedenklichen Eingriffs in die Privatautonomie einer kritischen Betrachtung.

Notarielle vorsorgende Rechtspflege in Japan ist Gegenstand der Ausführungen von *Arai* zur freiwilligen Vormundschaft als Pendant zur Vorsorgevollmacht sowie des übergreifenden Beitrags von *Deguchi* zur Rolle des Notars als vorsorgender Rechtspfleger in Japan. Mitherausgeber *Gomille* behandelt mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, konkret im Erbgang, ein Thema im Mittelpunkt des juristischen Augenmerks des Jubilars. Dessen Interesse für die Einwirkung der Grundrechte in das Privatrecht folgend, behandelt *Hecht* die aus der Inhaltskontrolle von Eheverträgen folgende Frage einer Sittenwidrigkeit anspruchserweiternder Eheverträge. Diese unterlägen einer Inhaltskontrolle und könnten sich als sittenwidrig erweisen. Für eine Ausübungskontrolle bestehe im Hinblick auf solche überobligatorischen Vereinbarungen indes kein Raum. Weitere Beiträge zum Familien- und Erbrecht stellen *Duttas* mahnende Ausführungen zur ausländischen „Schwarzgeld“-Stiftung und zu den Folgen für die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach deutschem Recht wie *Ludygas* Plädoyer für eine Erbfähigkeit bei Post-Mortem-Befruchtung auf-

grund analoger Anwendung des § 1923 Abs. 2 BGB dar. Ein Sujet besonderen, aktuellen notarrechtlichen Interesses ist angesichts wiederkehrender Rechtsprechung der Beitrag von *Roth* zum notariellen Nachlassverzeichnis als Beispiel einer missglückten Rechtsfortbildung. Das Fehlen von notariellen Ermittlungsmöglichkeiten führe zu der Annahme, dass die behauptete Überbürdung von Ermittlungen auf den Notar kein geeignetes Mittel sei, eine richterliche Rechtsfortbildung über den gesetzlichen Willen hinaus zu rechtfertigen.

Der Mitherausgeber *Fest* behandelt zu Beginn des Abschnitts Wirtschafts- und Unternehmensrecht die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Eigentumsgarantie für die Ausgestaltung der Grundrechte, dargestellt an den Beispielen der Kaduzierung und der stimmrechtslosen Geschäftsanteile. Aktuelle gesetzgeberische Bezug haben *Grunewalds* Ausführungen zu Auswirkungen des MoPeG für Beschlussfassung und Beschlussmängel bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Partnerschaftsgesellschaft und im Verein. *Habersack* richtet den Blick auf Wertpapiergeschäfte zu nicht marktgerechten Preisen und misst sog. Mistralde-Klauseln an den Vorschriften der §§ 119 ff. BGB. Der Beitrag von *Martinek* sieht und ordnet den Vertragszulieferer als Pendant zum Vertragshändler ein. Wie der Vertragshändlervertrag sei auch der Vertragszulieferervertrag kein Koordinations-, sondern ein Subordinationsvertrag. Weiteren Beweis des breitgefächerten Tätigwerdens von Notaren erbringt *Windbichler* mit ihren Ausführungen zur Tätigkeit des Notars im kollektiven Arbeitsrecht im Rahmen einer Notarbescheinigung zum Nachweis des Vorhandenseins einer Gewerkschaft im Betrieb gemäß § 58 Abs. 3 ArbGG.

Im Abschnitt Prozessrecht und Rechtsdurchsetzung beleuchtet *Hau* die Frage, ob gerichtliche Vergleiche verbraucherschützenden Widerrufsrechten und entsprechenden Belehrungspflichten unterfallen und vertritt die Rechtsauffassung, Widerrufsrechte seien nicht nur bei bestimmten Abschlussmodi und Vertragstypen vorzuhalten, sondern ganz allgemein für Vergleichs-, Anpassungs- und Aufhebungsverträge mit Verbraucherbeteiligung einzuführen. *Kindler* bespricht die Entscheidung des BGH vom 17.10.2019 (III ZR 42/19, NJW 2020, 399) zur Schadensersatzpflicht bei Verletzung der Vereinbarung eines inländischen Gerichtsstands und behandelt mögliche Schadenspositionen und die schadensersatzrechtliche Ausfüllung der Differenzhypothese nach vereinbarungswidrigem ausländischen

forum shopping. *Paulus* macht sich in seinen Ausführungen auf die Suche nach dem Grund für den Rückgang der Zivilprozesse und führt den Rückgang im Abschnitt richterliches Ethos neben weiteren Ursachen auf einen Eigenanteil der Richterschaft an der Entwicklung zurück, der nach seiner Auffassung keineswegs eine zu vernachlässigende Rolle spiele. *Seitz* spannt den Bogen vom Notarrecht zum Äußerungsrecht mit seinen Ausführungen zu notariellen Unterlassungsverpflichtungen im Äußerungsrecht und seiner Aufforderung zur Emanzipation des Äußerungsrechts, indem notarielle Unterlassungsverpflichtungserklärungen im Äußerungsrecht anzuerkennen seien. *Walker* unterzieht die Sportgerichtsbarkeit einem kritischen Blick. Die Regeln über den CAS und das Verfahren vor dem CAS seien aus rechtlichen Gründen und zur Erhöhung seiner Akzeptanz verbesserungsbedürftig, eine Kritik, die das BVerfG zwischenzeitlich durch Beschluss vom 03.06.2022 (NJW 2022, 2677) geteilt hat.

*Schusters* Ausführungen zur Bankpolitik in Zeiten der Corona-Pandemie, der auch die Frage stellt, ob Banken in dieser Krise Teil der Lösung bleiben oder später noch Teil des Problems werden, wenn sich die vollen Auswirkungen der Pandemie in den Bilanzen der Kunden niederschlagen werden, sowie *Singers* Beitrag zu den Grundrechten in den Zeiten von Corona, der den getroffenen Maßnahmen eine grundsätzliche Freiheit von schweren Abwägungsfehlern und offensichtlichen Fehleinschätzungen attestiert, legen Zeugnis über die zum Zeitpunkt des Festtags beherrschenden Fragen der Auswirkungen der Pandemie auf alle Bereiche des Lebens und des Rechts ab, in welche Mannigfaltigkeit sich *Spickhoffs* Darlegung zur grundsätzlich rechtlich möglichen Verpflichtung von medizinischem und in der Pflege tätigem Personal zu Impfungen einreicht.

Die jährliche Berichterstattung des Jubilars zur Entwicklung des Notarrechts in der NJW zusammen mit dem Autor dieser Zeilen seit dem Jahr 2011 möge als Versuch verstanden werden, einen zugleich aktuellen wie gedrängten Überblick über die erwähnenswertesten Geschehnisse auf dem Gebiet des Notarrechts zu bieten. Für einen breiteren, in mindestens gleichem Maße gewinnbringenden, aber auch zugleich erfreuenden juristischen Spaziergang durch die vielfältigen Gebiete der juristischen Betätigung des Jubilars im Notarrecht mit Bezügen dazu und darüber hinaus kann die Lektüre der Festschrift für *Johannes Hager* uneingeschränkt ans Herz gelegt werden.



**Florian Haase/Katrin Dorn (Hrsg.):**

## **Vermögensverwaltende Personengesellschaften**

C. H. Beck, 2022. 466 S., 149 €

Von Notarassessor **Tim Kristofer Kraus** (B. Sc. Psychologie), Fürth

Vermögensverwaltende Personengesellschaften spielen in der notariellen Praxis im Vergleich zu Kapitalgesellschaften eine eher untergeordnete Rolle. Dies liegt zum einen daran, dass für die Gründung oder Anteilsübertragung solcher Gesellschaften in den meisten Fällen keine Beurkundungsbedürftigkeit besteht und Mandanten sowie ihre Steuer-/Rechtsberater hier in der Regel besonders kostensensibel sind, weshalb der Gang zum Notar, wenn möglich, vermieden wird. Gleichwohl tauchen vermögensverwaltende Personengesellschaften im notariellen Alltag in verschiedenen Fallkonstellationen auf, etwa bei der Einbringung von Immobilien oder Anteilen an Kapitalgesellschaften in vermögensverwaltende Familienpoolgesellschaften<sup>1</sup> oder im Rahmen von Umwandlungsvorgängen (insbesondere bei Verschmelzungen).

Das hier vorgestellte Werk erschien nunmehr in der fünften Auflage und wurde dahin gehend aktualisiert, dass sowohl das MoPeG als auch das KöMoG berücksichtigt wurden. Beiden Entwicklungen trägt die Neuauflage Rechnung. Das 466 Seiten umfassende Werk<sup>2</sup> ist untergliedert in vier Teile (I. Einleitung, II. Zivilrechtliche Grundlagen der vermögensverwaltenden Personengesellschaft, III. Nationales Steuerrecht, IV. Internationales Steuerrecht).

Im Rahmen des zweiten Teils werden die verschiedenen Personengesellschaften aus Sicht des Zivilrechts vorgestellt (GbR, OHG, KG). Positiv hervorzuheben ist der Abschnitt zur Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV). Nicht überzeugend ist die Ansicht, dass gegen die Gründung einer Kapitalgesellschaft spräche, dass ein Stammkapital i. H. v. 25.000 € aufgebracht werden muss (vgl. S. 41 Rdnr. 48). Zum einen eignet sich für eine reine vermögensverwaltende Kapitalgesellschaft oftmals auch eine UG (haftungsbeschränkt) mit geringem Stamm-

kapital<sup>3</sup>, zum anderen besteht auch keine Pflicht, das Stammkapital bei Gründung in voller Höhe einzuzahlen (vgl. § 7 Abs. 2 GmbHG). Gleichwohl ist der Gründungsaufwand einer Kapitalgesellschaft deutlich höher als bei einer Personengesellschaft, hinzukommen die steuerliche Bilanzierungspflicht und die Publizitätspflicht sowie die Tatsache, dass das Gesellschaftsvermögen im steuerlichen Sinne Betriebsvermögen darstellt. Die Kapitalgesellschaft & Co. KG kombiniert, verglichen mit der reinen KG, die Vorteile der Kapital- mit denen der Personengesellschaft, weshalb eine UG-Gründung in der Praxis oftmals gewünscht wird.

Etwas kurz empfindet man aus notarieller Sicht zudem die Ausführungen zur Beteiligung von Minderjährigen; hier wäre es für den Rechtsanwender wünschenswert, Gestaltungsempfehlungen vorzustellen, die die Beteiligung von Ergänzungspflegern bzw. eine familiengerichtliche Genehmigung vermeiden. Die h.M. geht nämlich davon aus, dass die unentgeltliche Übertragung voll eingezahlter Kommanditanteile – bei aufschiebend bedingter Übertragung auf die Eintragung im Handelsregister – nicht grundsätzlich rechtlich nachteilig ist. Allerdings kommt es im Einzelfall darauf an, wie der Übertragungsvertrag und der Gesellschaftsvertrag allgemein ausgestaltet sind und ob darin möglicherweise ein rechtlicher Nachteil festgelegt ist. Nicht geklärt ist etwa, ob sich ein rechtlicher Nachteil z. B. auch aus einer Ehevertragsklausel ergeben kann. Äußerst umstritten ist zudem die Frage eines rechtlichen Nachteils einer Anrechnungsbestimmung auf den Pflichtteil.<sup>4</sup>

Auch vermisst man die Anknüpfung an das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, welches zum 01.01.2023 in Kraft getreten ist.

Für die notarielle Praxis am spannendsten ist das Kapitel zum nationalen Steuerrecht. Besonders ansprechend sind

1 Der Familienpool ist typischerweise als Gesellschaft, und zwar aus steuerlichen Gründen meistens als Personengesellschaft, also als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als Kommanditgesellschaft oder GmbH & Co. KG organisiert, da die laufende ertragsteuerliche Belastung der Einkünfte aus Kapitalvermögen und Vermietung und Verpachtung im Ausschüttungsfall bei diesen geringer ist als bei einer „zweischengesalteten“ Kapitalgesellschaft, *Lorz/Kirchdörfer*, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2011, S. 180 f.

2 Kleines Format.

3 Eine Kapitalgesellschaft lässt sich dank der weitgehenden Dispositivität des GmbH-Rechts in ähnlicher Weise an die Bedürfnisse eines Familienpools anpassen wie die KG. Die Beteiligungskontinuität wird durch Vinkulierungsklauseln gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG sowie Ausschlussregelungen gemäß § 34 GmbHG gesichert. Ein allgemeines Austrittsrecht (Kündigungsrecht) ist dem GmbHG fremd. Sonderrechte zur Geschäftsführung lassen sich im Gesellschaftsvertrag der GmbH ebenso regeln wie dem Versorgungsinteresse einzelner Gesellschafter genügende Entnahmerechte und der dem Gesellschaftsinteresse dienende Kapitalerhalt. Für einen Steuerbelastungsvergleich von Personen- und Kapitalgesellschaft sind so viele Parameter zu berücksichtigen, dass sich ein pauschales Votum verbietet, vgl. *Münch*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 12 Rdnr. 103-106.

4 *Bock*, DNotZ 2020, 43 m. w. N.

die Ausführungen zur sog. „Zebragesellschaft“<sup>5</sup> und die damit verbundenen steuerlichen Probleme, sowohl im Ertragsteuerrecht als auch im Umsatzsteuerrecht. Auch die Empfehlungen für die Gestaltungspraxis (z. B. Ergebnis vorab anstatt einer Sondervergütung) sind hilfreich.

- 5 Als Zebragesellschaft bezeichnet man eine Personengesellschaft, deren Gesellschafter Überschusseinkünfte und Gewinneinkünfte erzielen. Gewerbliche Einkünfte werden dabei durch schwarze Streifen und private Überschusseinkünfte durch weiße Streifen dargestellt. Bei der Zebragesellschaft erfolgt die Ermittlung der Einkünfte auf der Ebene der Gesellschaft, die Qualifizierung der Einkünfte als gewerblich, freiberuflich, vermögensverwaltend und Ähnliches aber erst auf der Ebene der Gesellschafter, Schmitt/Hörtnagl/Schmitt, UmwG, UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 4 UmwStG Rdnr. 46.

Als Fazit lässt sich damit festhalten, dass die Neuauflage für steuerlich interessierte Rechtsanwender nicht ungeeignet ist, gerade für einen schnellen Überblick.





### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

#### 1. Kein Notwegrecht aus nachbarlichem Gemeinschaftsverhältnis oder dem Schikaneverbot des § 226 BGB

BGH, Urteil vom 06.05.2022, V ZR 50/21 (Vorinstanz: LG Schweinfurt, Urteil vom 05.03.2021, 33 S 50/20)

*BGB §§ 226, 917 Abs. 1*

#### LEITSATZ:

**Ein Notwegrecht kann sich weder aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis noch aus dem Schikaneverbot des § 226 BGB, sondern nur unter den Voraussetzungen von § 917 Abs. 1 BGB ergeben; danach richtet sich auch, ob der Nachbar Hindernisse beseitigen muss, die er auf seinem Grundstück errichtet hat, um die Nutzung des Wegs zu unterbinden.**

#### SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke. Das Grundstück der Kläger ist mit einem bis 1995 landwirtschaftlich genutzten Vierseithof, bei dem der Innenhof von allen vier Seiten von Gebäuden umschlossen ist, bebaut. Das Wohnhaus der Kläger, das Teil des Bauensembles ist, wurde nach Abriss einer Scheune in den Jahren 1961/1962 neu errichtet, die übrige Bebauung auf dem klägerischen Grundstück ist älter. Eine öffentliche Straße endet unmittelbar an dem Grundstück der Kläger. Das Anwesen ist im Übrigen von anderen Grundstücken und einem Bachverlauf eingefasst. Die Zufahrt auf das Grundstück erfolgte vormals durch eine etwa drei Meter breite Bebauungslücke zwischen dem Wohnhaus des Vierseithofs und einem Wirtschaftsgebäude. Das Grundstück des Beklagten, das dieser im Jahr 2004 erwarb, ragt so in die Zufahrt hinein, dass nur 1,66 Meter verbleiben. Die genaue Abmarkung des Grenzverlaufs in dem Bereich der Hofzufahrt erfolgte 1995. Jedenfalls seit Neuerrichtung des Wohnhauses auf dem Grundstück der Kläger ist die Zufahrt mit mehrspurigen Fahrzeugen nur noch unter Inanspruchnahme des Grundstücks des Beklagten möglich. Im Jahr 2019 errichtete der Beklagte auf seinem Grundstück in dem Bereich der Hofzufahrt eine Betonmauer mit Einzäunung und verringerte so die Breite der Durchfahrt zum Grundstück der Kläger auf 1,66 Meter. Eine Zufahrt auf das Grundstück der Kläger ist mit mehrspurigen Fahrzeugen nicht mehr möglich. Die Kläger, die den Vierseithof vorwiegend zu Wohnzwecken nutzen, betreiben seit 2020 als Nebenerwerb eine Hasen- und Wachtelzucht mit elf Hasen und dreißig Wachteln.

2 Die Kläger verlangen von dem Beklagten – soweit noch von Interesse – den Rückbau der Mauer auf eine Durchfahrtsbreite von 2,60 Metern. Das AG hat der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten hat das LG zurückgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, will der Beklagte die Abweisung der Klage erreichen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht meint, die Kläger könnten gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB die Beseitigung der Betonmauer

auf eine Durchfahrtsbreite von 2,60 Metern verlangen. Insofern beeinträchtigt die Mauer das den Klägern zustehende Notwegrecht. Die Voraussetzungen des § 917 Abs. 1 BGB lägen vor.

Dem Hof fehle, obwohl das Wohnhaus direkt an einer öffentlichen Straße liege, die zur ordnungsmäßigen Benutzung gebotene Verbindung zu einem öffentlichen Weg. Dass die Zufahrt erforderlich sei, folge zwar nicht aus der von den Klägern ausgeübten Tierhaltung, ergebe sich aber aus Sinn und Zweck eines im alten Ortskern einer fränkischen Gemeinde gelegenen Vierseithofs. Dieser liege darin, durch das Bauensemble einen geschlossenen, großflächigen Innenhof zu schaffen, der darauf angelegt sei, durch auffahrende Fahrzeuge genutzt zu werden. Den Klägern zumutbare Alternativen stünden nicht zur Verfügung. Selbst wenn der Neubau des Wohnhauses zu einer Verschmälerung der Zufahrt geführt hätte, ließe dies die Verpflichtung des Beklagten zu einer Duldung des Notwegs mangels einer willkürlichen Handlung des Voreigentümers im Sinne von § 918 Abs. 1 BGB nicht entfallen.

4 Zudem stehe den Klägern ein Anspruch auf Beseitigung der Mauer jedenfalls aus dem Schikaneverbot gemäß § 226 BGB zu. Die Errichtung der Betonmauer sei zu keinem anderen Zweck erfolgt, als den Klägern die Zufahrt mit Kraftfahrzeugen auf ihr Grundstück abzuschneiden und ihnen dadurch einen Nachteil zuzufügen. Es bedürfe der Mauer auch nicht als Abgrenzung des Kfz-Stellplatzes des Beklagten. Zwar dürfe der Eigentümer grundsätzlich bestimmen, wer sein Grundstück benutze. Hier sei aber seit jeher ein geringfügiger Streifen des Grundstücks zur Verfügung gestellt worden. Das alleinige Motiv des Beklagten bestehe darin, den Klägern die Zufahrt zu ihrem Hof unmöglich zu machen und in dem Nachbarstreit nicht als Verlierer dazustehen.

5 II. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

6 1. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass sich ein Beseitigungsanspruch der Kläger aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB ergeben kann. Obwohl der Beklagte die Mauer auf seinem Grundstück errichtet hat, kann das Eigentum der Kläger beeinträchtigt sein, wenn diese durch die Mauer an der Ausübung eines ihnen zustehenden Notwegrechts gehindert sind. Denn das Notwegrecht zählt zum Inhalt des Eigentums an dem zugangslosen Grundstück (vgl. Senat, Urteil vom 22.04.2016, V ZR 189/15, NJW-RR 2017, 210 Rdnr. 32). Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich das Bestehen eines Notwegrechts gemäß § 917 Abs. 1 BGB aber nicht bejahen. Fehlt einem Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg, so kann der Eigentümer dieser Vorschrift zufolge von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden.

7 a) Nicht zu beanstanden ist insofern die Würdigung des Berufungsgerichts, dass eine andere zumutbare Zufahrtsmöglichkeit nicht geschaffen werden könnte.

8 aa) Angesichts der Schwere des Eingriffs, den ein Notweg für das Eigentum des Nachbarn bedeutet, kommt ein Notwegrecht nach § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB nur in Betracht, wenn die Zugangslosigkeit des Grundstücks nicht anderweitig behoben werden kann. Daher scheidet ein Notwegrecht aus, wenn der Grundstückseigentümer in zumutbarer anderer Weise eine Verbindung zu dem öffentlichen Weg herstellen kann (vgl. nur Senat, Urteil vom 16.04.2021, V ZR 85/20, WuM 2021, 630 Rdnr. 14 m. w. N.). Maßgeblich ist das Verhältnis der für die Schaffung einer Zuwegung notwendigen Kosten zu der Wirtschaftlichkeit der Nutzung des Grundstücks (Senat, Urteil vom 07.07.2006, V ZR 159/05, NJW 2006, 3426 Rdnr. 12; vgl. auch Urteil vom 24.04.2015, V ZR 138/14, NJW-RR 2015, 1234 Rdnr. 27).

9 bb) Die ausgehend von diesen Grundsätzen erfolgte tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts hält der revisionsrechtlich eingeschränkten Überprüfung (vgl. dazu Senat, Urteil vom 18.10.2013, V ZR 278/12, NJW-RR 2014, 398 Rdnr. 13 m. w. N.) stand. Das Berufungsgericht hat unter Zugrundelegung der in einem Ortstermin gewonnenen tatsächlichen Erkenntnisse für die beiden möglichen Alternativen zur Schaffung eines Zufahrtswegs jeweils einen erheblichen technischen Aufwand angenommen und die erforderlichen Kosten auf einen fünfstelligen Betrag geschätzt. Es hat zudem Aufwand und Kosten ins Verhältnis zu der Wirtschaftlichkeit der Nutzung des verbindungslosen Vorseithofs gesetzt und im Ergebnis die Schaffung der alternativen Zufahrtsmöglichkeiten als für die Kläger unzumutbar betrachtet. Das lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

10 b) Auch die weitere Annahme, dass ein die Zufahrt auf den Hof begründendes Notwegrecht im Bereich der streitgegenständlichen Mauer nicht gemäß § 918 Abs. 1 BGB ausgeschlossen wäre, ist nicht zu beanstanden.

11 aa) Nach dieser Vorschrift tritt die Verpflichtung zur Duldung des Notwegs nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Weg durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers aufgehoben wird. Das gilt auch für Handlungen des früheren Eigentümers (vgl. Senat, Urteil vom 25.10.1974, V ZR 69/73, ZMR 1975, 115, 116; Urteil vom 07.07.2006, V ZR 159/05, NJW 2006, 3426 Rdnr. 15). Willkürlich im Sinne der Vorschrift ist nur eine auf freier Entscheidung beruhende Maßnahme, die der ordnungsmäßigen Grundstücksbenutzung widerspricht und die gebotene Rücksichtnahme auf nachbarliche Interessen außer Acht lässt. Danach ist es in der Regel willkürlich, wenn der Eigentümer unter den verschiedenen Möglichkeiten der ordnungsmäßigen Nutzung seines Grundstücks eine Gestaltung wählt, die einen Notweg erfordert, oder wenn er bei der Bebauung seines Grundstücks nicht darauf achtet, dass die Verbindung sämtlicher Teile des Grundstücks zu dem öffentlichen Weg erhalten bleibt (Senat, Urteil vom 07.07.2006, V ZR 159/05, NJW 2006, 3426 Rdnr. 15 m. w. N.). Ein allgemeingültiger Rechtsgedanke des Inhalts, dass die Verpflichtung zur Duldung eines Zugangs nicht mit einem Zustand begründet werden könne, den der Eigentümer

durch Maßnahmen auf seinem Grundstück herbeiführt, lässt sich aus der Vorschrift des § 918 Abs. 1 BGB hingegen nicht ableiten (Senat, Urteil vom 24.04.2015, V ZR 138/14, NJW-RR 2015, 1234 Rdnr. 25).

12 bb) Das Berufungsgericht kommt ausgehend von diesen Grundsätzen in tatrichterlicher Würdigung zu dem Ergebnis, dass in dem Neubau des Wohnhauses durch den Voreigentümer in den Jahren 1961/1962 eine derartige willkürliche Handlung nicht liege, selbst wenn die damalige Baumaßnahme die Zufahrtsmöglichkeit geschmälert haben sollte. Der insbesondere auf die erst im Jahr 1995 vorgenommene Abmarkung der Grundstücksgrenze gestützte Schluss des Berufungsgerichts, der Voreigentümer habe die Zufahrtsmöglichkeit über das eigene Grundstück bei der Erweiterung des Wohnhauses jedenfalls nicht sehenden Auges ohne die gebotene Rücksicht auf nachbarliche Interessen aufgegeben, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

13 c) Rechtsfehlerhaft sind jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob zur ordnungsmäßigen Nutzung des Grundstücks eine Auffahrt auf den Hof erforderlich ist.

14 aa) Im Ausgangspunkt noch zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass sich die Frage, welche Art der Benutzung eines Grundstücks im Sinne von § 917 Abs. 1 BGB ordnungsmäßig ist, nicht nach den persönlichen Bedürfnissen des Eigentümers des verbindungslosen Grundstücks, sondern danach bestimmt, was nach objektiven Gesichtspunkten diesem Grundstück angemessen ist und den wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 19.11.2021, V ZR 262/20, NJW-RR 2022, 522 Rdnr. 8 m. w. N.). Zu berücksichtigen sind dabei die Benutzungsart und Größe des Grundstücks, seine Umgebung und die sonstigen Umstände des Einzelfalls (Senat, Urteil vom 19.11.2021, V ZR 262/20, a. a. O. Rdnr. 8 m. w. N.). Die erforderliche Verbindung eines zu Wohnzwecken genutzten Grundstücks zu einem öffentlichen Weg ist grundsätzlich schon dann gegeben, wenn ein Kraftfahrzeug unmittelbar an das Wohngrundstück heranfahren und der Eingangsbereich von dieser Stelle aus in zumutbarer Weise – auch mit sperrigen Gegenständen – erreicht werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 24.04.2015, V ZR 138/14, NJW-RR 2015, 1234 Rdnr. 14; Urteil vom 18.10.2013, V ZR 278/12, NJW-RR 2014, 398 Rdnr. 12 a. E.). Die Notwendigkeit einer Zufahrt für Kraftfahrzeuge zu dem Zweck, sie auf dem Grundstück abzustellen, kann sich bei Wohngrundstücken nur aus besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben (vgl. Senat, Urteil vom 18.10.2013, V ZR 278/12, NJW-RR 2014, 398 Rdnr. 20). Gesichtspunkte der Bequemlichkeit und auch Zweckmäßigkeit rechtfertigen die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks nicht (Senat, Urteil vom 19.11.2021, V ZR 262/20, NJW-RR 2022, 522 Rdnr. 9 m. w. N.).

15 bb) Nach diesen Grundsätzen tragen die Feststellungen nicht die Annahme, die bestehende Anbindung an eine öffentliche Straße reiche für die ordnungsmäßige Benutzung des klägerischen Grundstücks nicht aus. Im Rahmen der Revision ist von der – für den Beklagten günstigen – Annahme des Berufungsgerichts auszugehen, dass der landwirt-



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

schaftliche Nebenerwerb ein Auffahren nicht erfordert. Warum die konkreten Umstände des Einzelfalls ein Auffahren zum Zwecke der Wohnnutzung ausnahmsweise erforderlich machen, untermauert das Berufungsgericht nicht durch Tatsachenfeststellungen. Die besonderen baulichen Verhältnisse (Vierseithof) und die Lage im Ortskern einer fränkischen Gemeinde vermögen als solche die Notwendigkeit einer Zufahrt nicht zu begründen. Der Umstand, dass es sich um einen Vierseithof handelt, besagt noch nichts darüber, ob und weshalb der Eingangsbereich des Wohnhauses nicht in zumutbarer Weise – auch mit sperrigen Gütern – von der öffentlichen Straße aus erreicht werden kann. Ob der An- und Abtransport bestimmter Güter selbst unter Zuhilfenahme moderner, für beengte räumliche Verhältnisse eigens konstruierter Transportmittel unzumutbar erschwert ist, lässt sich nur unter Berücksichtigung etwa der Größe des Innenhofs, der konkreten Lage des Hauseingangs oder ggf. alternativer Eingänge, der Entfernung zwischen dem Eingangsbereich und der nächstgelegenen Haltemöglichkeit auf der öffentlichen Straße sowie eventueller weiterer für die Wohnnutzung relevanter Gegebenheiten und Besonderheiten des Einzelfalls (zum Beispiel starkes Gefälle, sonstige Hindernisse) beurteilen.

**16 2.** Anders als das Berufungsgericht meint, kann der Beseitigungsanspruch auch nicht mit der Begründung bejaht werden, die Errichtung der Mauer verstoße gegen das in § 226 BGB geregelte Schikaneverbot. Im Ausgangspunkt kann sich ein Notwegrecht weder aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis noch aus dem Schikaneverbot des § 226 BGB, sondern nur unter den Voraussetzungen von § 917 Abs. 1 BGB ergeben; danach richtet sich auch, ob der Nachbar Hindernisse – wie eine Mauer – beseitigen muss, die er auf seinem Grundstück errichtet hat, um die Nutzung des Wegs zu unterbinden.

**17 a)** Ein Anspruch auf Beseitigung der Mauer kann von vornherein nur dann bestehen, wenn die Kläger zum Befahren des Grundstücks des Beklagten berechtigt sind. Als Grundlage eines solchen Nutzungsrechts kommt nur § 917 BGB in Betracht. Diese Vorschrift enthält im Hinblick auf die nicht durch dingliche Rechte oder schuldrechtliche Verträge begründeten Wegerechte eine abschließende Regelung. Sind ihre tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, können sie weder mit Hilfe des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses (vgl. Senat, Urteil vom 24.01.2020, V ZR 155/18, NJW 2020, 1360 Rdnr. 19 m. w. N.) noch gestützt auf eine jahrzehntelange Übung unter einzelnen Grundstücksnachbarn (vgl. Senat, Urteil vom 24.01.2020, V ZR 155/18, NJW 2020, 1360 Rdnr. 10) umgangen oder erweitert werden. Auch der Vorwurf schikanöser Rechtsausübung nach § 226 BGB kann ein Notwegrecht nicht begründen (vgl. allgemein Senat, Urteil vom 24.10.2003, V ZR 424/02, ZfIR 2003, 1049, 1051 f.). Welche Einschränkungen der Eigentümer eines Grundstücks im Verhältnis zu seinen Nachbarn hinzunehmen hat, bestimmt sich nach den §§ 903 ff. BGB und ggf. ergänzenden landesrechtlichen Vorschriften. Deshalb handelt der Eigentümer nicht schikanös, wenn er gesetzlich nicht vorgesehene Einschränkungen nicht hinnehmen, sondern von der aus seinem Eigentum folgenden Ausschließungsbefugnis (§ 903 Satz 1 BGB)

Gebrauch machen will (vgl. auch Senat, Urteil vom 15.11.2013, V ZR 24/13, NJW 2014, 311 Rdnr. 27 m. w. N.).

**18 b)** Ebenso wenig lässt sich ein Anspruch auf Beseitigung von Hindernissen, die der Nachbar errichtet, um die Nutzung des Wegs zu unterbinden, aus § 226 BGB herleiten; ein solcher Beseitigungsanspruch hängt von dem Bestehen eines Wege- bzw. Notwegrechts ab (unzutreffend daher OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 162 f. und im Anschluss daran Staudinger/Reppen, Neub. 2019, § 226 Rdnr. 35; Münch-Komm-BGB/Grothe, 9. Aufl., § 226 Rdnr. 14; jurisPK-BGB/Otto, 9. Aufl., § 226 Rdnr. 15). Er setzt nämlich ein Recht zur Benutzung des fremden Grundstücks voraus, dessen Bestehen sich – sofern kein Wegerecht begründet worden ist – allein nach den §§ 917, 918 BGB richtet. Ist danach ein Notwegrecht gegeben, ergibt sich der Beseitigungsanspruch ohne Weiteres aus § 1004 BGB (vgl. oben Rdnr. 6); ist das Notwegrecht hingegen zu verneinen, scheidet auch der Beseitigungsanspruch aus. Ein Rückgriff auf § 226 BGB kommt weder im einen noch im anderen Fall in Betracht.

**19 III. (...)**

**20 1.** Soweit die Kläger mit ihrer Gegenrüge auf eine gewerbliche Nutzung ihres Grundstücks verweisen, sieht der Senat die Würdigung des Berufungsgerichts als rechtsfehlerfrei an. Was die Wohnnutzung angeht, wird das Berufungsgericht feststellen müssen, ob die Kläger aufgrund der konkreten örtlichen und baulichen Verhältnisse regelmäßig oder zumindest zu bestimmten Zwecken auf eine Auffahrt auch mit (breiteren) mehrspurigen Kraftfahrzeugen derart angewiesen sind, dass die Wohnnutzung andernfalls unzumutbar erschwert wird. Ein Auffahren auf das Hofgrundstück zum Be- und Entladen könnte sich unter Umständen als notwendig erweisen, wenn es andernfalls zu unzumutbaren Erschwernissen beispielsweise bei der Anlieferung von Brennstoffen oder sonstigen Gütern oder bei der Durchführung von konkret absehbaren Baumaßnahmen oder Umzügen käme (vgl. Senat, Urteil vom 18.10.2013, V ZR 278/12, NJW-RR 2014, 398 Rdnr. 18; Urteil vom 12.12.2008, V ZR 106/07, NJW-RR 2009, 515 Rdnr. 21). Bereits ein auf bestimmte Transportzwecke bzw. -gegenstände begrenztes Notwegrecht könnte einen Anspruch auf Beseitigung der Betonmauer – über den allein in diesem Verfahren zu entscheiden ist – begründen, wenn die Mauer die in einzelnen Fällen notwendige Auffahrt unter Inanspruchnahme des Grundstücks des Beklagten ansonsten unmöglich machte.

**21 2.** Ggf. wird das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Vorbringens der Revisionsrüge auch zu prüfen haben, ob sich ein Beseitigungsanspruch der Kläger aufgrund des Bestehens einer altrechtlichen Dienstbarkeit ergeben kann.

## 2. Verjährung von Gewährleistungsansprüchen aus dem Bauträgervertrag

OLG Schleswig, Urteil vom 18.11.2022, 1 U 42/21 (Vorinstanz: LG Kiel, Urteil vom 16.04.2021, 11 O 74/20)

BGB §§ 634, 634a

### LEITSÄTZE:

1. Aus der Verjährung des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs im Bauträgervertrag folgt nicht notwendig auch eine Verjährung der Gewährleistungsansprüche, die erst mit der Abnahme beginnt. Auf das Fehlen einer den Verjährungsbeginn auslösenden Abnahme kann sich der Erwerber aber ausnahmsweise dann nicht berufen, wenn er in der Vergangenheit erfolgreich Gewährleistungsansprüche geltend gemacht hat. Das gilt auch dann, wenn es an einer Abnahme fehlt, weil sich eine Abnahmeklausel im Bauträgervertrag als unwirksam herausstellt.
2. Die Kosten der Instandhaltung des von dem Bauträger erstellten Werkes hat der Erwerber unabhängig von der Wirksamkeit der Abnahme ab Übergabe zu tragen.

## 3. AGB-Widrigkeit einer Vorlagesperre bis zur Zahlung des gesamten Kaufpreises beim Bauträgervertrag

OLG Rostock, Beschluss vom 21.12.2021, 4 U 79/18

BGB §§ 305, 307 Abs. 2, § 320  
ZPO § 531 Abs. 2 Nr. 3, § 522 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

1. Durch eine Klausel in einem Bauträgervertrag, wonach die Eigentumsumschreibung erst nach Zahlung des gesamten Kaufpreises erfolgen kann, verliert der Erwerber die Möglichkeit, sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zur Geltung zu bringen, wenn der Veräußerer nicht oder schlecht erfüllt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Eine solche Vorleistungsverpflichtung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nur dann wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei der Abwägung mit den hierdurch für den Erwerber entstehenden Nachteilen Bestand hat. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die Unwirksamkeit einer solchen Klausel führt gemäß § 306 Abs. 1 BGB dazu, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt und die Erwerber gemäß einer vertraglich bereits erklärten Auflassung und Eintragungsbewilligung ohne Weiteres im Grundbuch einzutragen sind. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Parteien erheben gegenseitige Ansprüche aus einem Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung.

2 Die Drittwiderbeklagte ist Eigentümerin des streitgegenständlichen Baugrundstücks in (...), der Kläger ist Gesellschafter der Drittwiderbeklagten. Der Kläger und die Drittwiderbeklagte verkauften dieses Grundstück an die Beklagten in einem notariell beurkundeten „Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung“ vom 22.05.2012. Gleichzeitig verpflichtete sich der Kläger im eigenen Namen, einen geschlossenen Rohbau für ein Einfamilienhaus auf dem verkauften Grundstück nach den anerkannten Regeln der Baukunst technisch einwandfrei unter Beachtung der einschlägigen DIN-Vorschriften und unter Verwendung normgerechter Baustoffe zu errichten. Der Kaufpreis betrug 295.340 €, wovon 93.040 € auf das Grundstück entfielen.

3 § 6 des Vertrages enthielt u. a. folgende Regelungen:

„Können sich Verkäufer zu 2 und Käufer nicht darüber einigen, ob und ggf. welche Restarbeiten noch ausstehen oder welche offensichtlichen Baumängel noch zu beheben sind, so entscheidet ein Gutachten eines von der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer oder Handwerkskammer zu bestimmenden öffentlich bestellten und vereidigten Bausachverständigen. Dieser entscheidet auch darüber, welcher Betrag ggf. noch zur Mängelbeseitigung oder zur Ausführung von Restarbeiten erforderlich ist und welcher Beteiligte, ggf. anteilig, die Kosten des Gutachtens zu tragen hat (...).

Unabhängig von ihrer Leistungspflicht untereinander weisen die Vertragsparteien den Notar gemeinsam an, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst zu veranlassen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen ist.“

4 In § 9 Nr. 3 und 5 des Vertrages regelten die Parteien zur Abnahme und Übergabe u. a. Folgendes:

„3. Bei der Abnahme findet eine gemeinsame Besichtigung des Kaufobjektes statt.

Hierüber ist ein Abnahmeprotokoll anzufertigen. In das Abnahmeprotokoll sind noch fehlende Leistungen und Mängel aufzunehmen. Es ist von beiden Vertragsteilen zu unterzeichnen.

Der Verkäufer zu 2 ist verpflichtet, innerhalb einer angemessenen Frist die in der Niederschrift festgestellten Mängel zu beseitigen und fehlende Leistungen zu erbringen. Gleichfalls gilt das Kaufobjekt als abgenommen, wenn es ohne ausdrückliche Zustimmung des Verkäufers vom Käufer bezogen oder benutzt wird (...).

5. Der Verkäufer zu 2 ist zur Übergabe verpflichtet und die Übergabe erfolgt, wenn die Abnahme durchgeführt ist und der Käufer alle zu dem Zeitpunkt fälligen Zahlungen geleistet hat oder Zug um Zug gegen Übergabe leistet.“

**5** § 10 des Vertrages enthielt folgende Regelung zur Auflassung:

„Verkäufer zu 1 und Käufer sind sich darüber einig, dass das Eigentum an dem mit dieser Urkunde veräußerten Grundbesitz von dem Verkäufer zu 1 auf den Käufer übergehen soll und bewilligen und beantragen die Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch auf den Käufer – je zur ideellen Hälfte –.“

**6** In der Bau- und Leistungsbeschreibung heißt es zur Bodenplatte u. a.:

„Die Bodenplatte mit den umlaufenden Frostschrüben wird entsprechend Statik und der erforderlichen Güteklasse, bei einer angenommenen Bodenpressung von 0,2 N7 mm und vorhandenen Bodenklassen 2 bis 5 nach DIN 18300, ausgeführt.“

Die Beklagten erbrachten zum Teil Eigenleistungen bei der Bodenabdichtung.

**7** Die Beklagten beauftragten zusätzliche Leistungen. Die Beklagten zahlten die Abschlagsrechnung vom 06.05.2013 i. H. v. 30.000 € nicht. Ebenfalls bezahlten sie die Schlussrechnung über Zusatzleistungen von 42.183,35 € nicht. Sie zogen ohne den Willen des Klägers in das Haus ein. Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.06.2013 forderten die Beklagten den Kläger zur Beseitigung einer Vielzahl von gerügten Mängeln und zu Restarbeiten auf. Für den Inhalt der Mängelliste wird auf (...) verwiesen. Der Kläger antwortete mit anwaltlichem Schreiben vom 22.08.2013, in dem er die Beklagten zur Zahlung der offenen Beträge aufforderte und sich auf den Standpunkt stellte, im Wesentlichen handele es sich nicht um Mängel, sondern um Restarbeiten, die wegen des eigenmächtigen Einzugs der Beklagten nicht hätten zu Ende geführt werden können.

**8** Die Drittwiderbeklagte hat vorgetragen, solange die Beklagten ihre Verpflichtungen nicht erfüllt hätten, seien sie auch nicht als Eigentümer im Grundbuch einzutragen.

**9** Der Kläger hat behauptet, die Beklagten hätten ihn auch mit den Putzarbeiten beauftragt. Am 16.01.2013 habe er den Beklagten darauf hingewiesen, dass die Bodenplatte insgesamt abzudichten sei, und dringend eine Drainage für die West-, Süd- und Nordseite sowie für die Ostseite eine dicke PE-Folie angeraten. Am 06.02.2013 habe er den Beklagten in seinem Büro erneut darauf hingewiesen, dass die Bodenplatte insgesamt abzudichten sei. Für Mängel der Abdichtung hafte er daher nicht.

**10** Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagten schuldeten auch die Vergütung von Zusatzleistungen gemäß einem Auftrag vom 26.03.2013 für den Innen- und Außenputz i. H. v. 32.606 €. Zum Rohbau habe der Putz nicht gehört. Dies folge aus § 4 Abs. 1 des Notarvertrages. Für Restarbeiten und Mängelbeseitigungen seien allenfalls 5.000 € angemessen, die er sich nunmehr aber auch nicht mehr abziehen lassen wolle. Zum Rohbau würden auch keine Fensterläden zählen. Mit der Abtretung der Mängelgewährleistungsrechte gegenüber den Subunternehmern habe sich der Kläger von der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung befreit.

**11** Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 72.183,35 € nebst jährlichen Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Zustellung auf die Teilforderung von 5.000 € zu zahlen.
2. die Widerklage und die Drittwiderklage abzuweisen.

**12** Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen und

– widerklagend – 1. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagten als Gesamtgläubiger 150.155,17 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.08.2013 zu zahlen.

2. die Drittwiderbeklagte zu verurteilen, die Amtsnachfolgerin des Herrn Notar G M (...), Frau Notarin (...), anzuweisen, bei dem zuständigen Grundbuchamt die Eintragung der Beklagten als Eigentümer je zur Hälfte des nachstehenden Grundstücks betreffend zu beantragen, Grundbuch von (...), Blatt (...), Flur 2, Flurstücke (...)/2, (...)/4 und (...)/5 jeweils Gemarkung (...).

**13** Die Drittwiderbeklagte hat beantragt,

die Drittwiderklage abzuweisen.

**14** Die Beklagten haben behauptet, das Gebäude sei mit einer Vielzahl von Mängeln behaftet. Sie seien nur eingezogen, um eine drohende Obdachlosigkeit zu verhindern. Zudem sei die Abrechnung fehlerhaft. Mit Innen- und Außenputzarbeiten gemäß Angebot vom 26.03.2013 hätten sie den Kläger gerade nicht zusätzlich beauftragt, denn diese Leistung sei bereits von der ursprünglichen Baubeschreibung umfasst gewesen.

**15** Die Abrechnung sei wie folgt vorzunehmen:

Notarvertrag	€	295.340
Elektroarbeiten	€	18.761,53
Heizung	€	33.986,40
Fliesen	€	15.886,50
Belüftung	€	18.462,08
Treppe	€	2.500,00
Abwasser	€	4.984,67
Rechnerisch insgesamt	€	398.921,18

**16** Hiervon seien Zahlungen i. H. v. 377.998,75 € abzuziehen, sodass sich als Zwischensumme 11.922,43 € ergebe. Abzuziehen sei davon ein Minderungsbetrag von 4.002,96 € wegen zu geringer Grundstücksgröße. Abzuziehen seien außerdem Auslagen für den Baustromverteiler über 446,25 €. Die Bereitstellung des Zählerkastens habe der Kläger geschuldet. Daraus errechne sich eine Restforderung i. H. v. 7.473,22 €, die durch Aufrechnung mit Gegenansprüchen erloschen sei. Aus dem überschießenden Teil der Gegenforderungen errechne sich die Widerklage, die nach Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens

noch erhöht werde. Der Aufwand für die Baumängel betrage mindestens 250.000 €.

**17** Die Beklagten haben hinsichtlich ihrer Mängelrügen Bezug auf die zur Akte gereichten Stellungnahmen von Sachverständigen genommen. Wesentliche Mängel seien die unzureichende Bodenplattenabdichtung und eine Durchbiegung der Erdgeschossdecken im Wohn- und Esszimmer. Der Kläger habe die Beklagten nicht darauf hingewiesen, dass ihre Eigenleistungen ungeeignet wären.

**18** Die Klausel in § 6 des Notarvertrages sei unwirksam (BGH Urteil vom 07.06.2001, VII ZR 420/00). Sie benachteilige den Verbraucher unangemessen.

**19** Das LG hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen (...), (...) und (...). Für den genauen Inhalt ihrer Aussagen wird auf das Sitzungsprotokoll vom 16.04.2015 verwiesen. Das Gericht hat außerdem Beweis erhoben durch ein schriftliches Sachverständigengutachten des Dipl. Ing. (...). Zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

**20** Durch den Abtrennungsbeschluss und das Urteil vom 24.05.2018, dem Kläger und der Drittwiderbeklagten zugestellt am 30.05.2018, hat das LG die Klage und die Widerklage durch Beschluss abgetrennt und der Drittwiderklage durch Urteil stattgegeben. Zur Begründung des stattgebenden Urteils hat das LG ausgeführt, die Drittwiderklage sei zumindest mit der Abtrennung zulässig und auch begründet. Nach dem Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme lägen die Voraussetzungen für einen Eigentumsübergang vor, weil die Ansprüche der Drittwiderbeklagten vollständig bezahlt bzw. sogar überzahlt seien. Die beauftragten Zusatzaufträge seien nicht notariell beurkundet worden und könnten daher keine Zahlungsverpflichtungen im Sinne von § 6 des Kaufvertrags darstellen. Aber selbst wenn sie es wären, wären der Kläger und die Drittwiderbeklagte aufgrund der erklärten Aufrechnung mit einem Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB überzahlt. Denn die bereits bewiesenen Schadensersatzansprüche der Beklagten gemäß §§ 280, 634 Nr. 2 und 4, § 637 Abs. 3 BGB wegen Mängeln der Abdichtung in Verbindung mit einem Verstoß gegen Hinweis- und Warnpflichten überstiegen die Klageforderung. Die vernommenen Zeugen hätten den von dem Kläger und der Drittwiderbeklagten zu erbringenden Beweis eines ausreichenden Hinweises auf die fehlende Funktionstauglichkeit nicht erbracht. Der gerichtlich bestellte Sachverständige (...) habe Kosten zur Beseitigung der mangelhaften Abdichtung i. H. v. 98.211,06 € veranschlagt, sodass – auch bei Abzug von Soviesokosten von ca. 20.000 € – der Kläger und die Drittwiderbeklagte auf jeden Fall überzahlt seien.

**21** Bezüglich der genauen Beträge im Abrechnungsverhältnis sei die Sache noch nicht entscheidungsreif, solange im selbstständigen Beweisverfahren 3 OH 11/19 Beweis erhoben werde. Der Rechtsstreit sei insoweit gemäß § 148 ZPO auszusetzen. Da die Drittwiderklage entscheidungsreif gewesen sei, sei der auszusetzende Teil abzutrennen.

**22** Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.

**23** Hiergegen richtet sich die am 06.06.2018 eingelegte und mittels eines – nach gewährter Fristverlängerung bis zum 30.08.2018 – am 29.08.2018 beim OLG eingegangenen Schriftsatzes begründete Berufung des Klägers und der Drittwiderbeklagten.

**24** Zur Begründung des Rechtsmittels rügen der Kläger und die Drittwiderbeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Ein Anspruch auf die Eigentumsumschreibung bestehe nicht, weil die Beklagten noch nicht alle Kaufpreistraten bezahlt hätten. Die Voraussetzungen für die Fälligkeit der letzten (13.) Rate lägen noch nicht vor, weshalb der Kläger hinsichtlich des Kaufpreises noch keine Schlussrechnung gelegt habe. Für die Zusatzleistung habe der Kläger hingegen Schlussrechnung gelegt und den noch nicht bezahlten Betrag mit der vorliegenden Klage geltend gemacht. Das LG habe zwar darauf hingewiesen, dass die zusätzlichen Leistungen durch Nachbeurkundung in den geschlossenen Notarvertrag hätten miteinbezogen werden müssen (§ 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB). Das LG habe die hieraus folgende Konsequenz aber nicht gezogen. Die Ratenzahlungen hinsichtlich der Zusatzleistungen hätten mit den Ratenzahlungen aus dem Notarvertrag nichts zu tun. Die Ratenzahlungen auf den Kaufpreis des Notarvertrags seien noch nicht erbracht.

**25** Das Fehlen eines Anspruchs auf Eigentumsumschreibung ergebe sich auch aus der Rechtskraft eines Beschlusses des LG Stralsund (Az. 6 T 2/15) im Beschwerdeverfahren (...).

**26** Prozessual liege gemäß dem Hinweis des LG eine unzulässige Drittwiderklage vor, die auch durch die Abtrennung nicht zulässig geworden sei. Das LG habe es verfahrensfehlerhaft unterlassen, die Parteien auf die beabsichtigte Abtrennung hinzuweisen. Dies verletze das rechtliche Gehör der Parteien. Die Unzulässigkeit des nach Abtrennung ergangenen Teilurteils sei gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 7 ZPO von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils lägen nicht vor, insbesondere bestehe die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen. Demgegenüber hätte das LG dem mit der Klage geltend gemachten Vergütungsanspruch durch Teilurteil stattgeben können und müssen.

**27** Die Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen (...), (...) und (...) habe – entgegen der Würdigung des LG – ergeben, dass der Kläger die Beklagten darauf hingewiesen habe, dass die Bodenplatte insgesamt abzudichten sei und deshalb die Gesamtabdichtung empfohlen werde. Die im Sachverständigengutachten des Sachverständigen (...) festgestellte unzureichende Bodenabdichtung beziehe sich auf die unterbliebene Abdichtung durch die Beklagten und nicht auf das Werk des Klägers.

**28** Der Kläger und die Drittwiderbeklagte beantragen,

- den Beschluss über die Abtrennung des Rechtsstreits und die Aussetzung bis zum Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens 3 OH 11/18 aufzuheben,
- den Antrag der Widerkläger und Drittwiderkläger, die Drittwiderbeklagte zu verpflichten, den Antrag an die

Rechtsnachfolgerin des Notars (...), Frau (...), zu stellen, die Drittwiderkläger jeweils zur Hälfte als Miteigentümer des Grundstücks, belegen in der Gemarkung (...), eingetragen im Grundbuch von (...), Blatt (...), Flur (...), Flurstücke X/2, Y/14, Z/5 eintragen zu lassen, abzuweisen.

**29** Die Beklagten und Widerkläger beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

**30** Die Beklagten und Widerkläger verteidigen das angegriffene Urteil. Die Berufung sei mangels Beschwer unzulässig, soweit sie durch den Kläger erhoben werde. Beschwer sei lediglich die Drittwiderbeklagte. Die Berufung der Drittwiderbeklagten sei unbegründet. Einer Nachbeurkundung der Zusatzaufträge habe es nicht bedurft. Nach Auflassung vorgenommene Änderungen und Ergänzungen seien nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht mehr formbedürftig. Dies sei hier der Fall, weil die Auflassung bereits im Notarvertrag vom 22.05.2012 erklärt worden sei.

**31** Es komme letztlich nicht darauf an, welche Zahlung auf den ursprünglichen Kaufpreis laut Notarvertrag und welche Zahlung auf die Zusatzleistungen erbracht worden sei. Zu Recht habe das LG dargelegt, dass der Kläger aufgrund der Aufrechnung mit einem Mängelanspruch aus § 637 Abs. 3 BGB jedenfalls überzahlt sei, weshalb die Voraussetzungen für die Eigentumsumschreibung vorlägen.

**32** Die Entscheidung des LG Stralsund stehe dem nicht entgegen, zumal es sich hierbei nicht um ein Verfahren des ordentlichen Rechtswegs, sondern um ein besonderes Dienstaufsichtsverfahren handele. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils hätten vorgelegen, weil der Streitgegenstand teilbar sei und die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen nicht bestehe. Die bisher bewiesenen Mängel seien so massiv, dass auf jeden Fall die geltend gemachte Klageforderung neutralisiert werde. Die Beweiswürdigung des LG sei nicht zu beanstanden.

**33** Wegen des Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird ergänzend auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

**34** Der Senat hat mit Hinweisbeschluss vom 17.11.2021 darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO mit der Maßgabe einer durch den Senat ausgewechselten Begründung zurückzuweisen. Der Kläger und die Drittwiderbeklagte haben mit Schriftsätzen vom 01.12.2021 und 02.12.2021 Stellung genommen und hierin streitig gestellt, dass es sich bei der in § 6 des notariellen Vertrags vereinbarten Regelung um Allgemeine Geschäftsbedingungen gehandelt habe. Wegen der Einzelheiten wird auf die vorgenannten Schriftsätze Bezug genommen.

**35** B. Die Berufung ist gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückzuweisen.

**36** Das Rechtsmittel hat nach einstimmiger Auffassung des Senats aus den im Hinweisbeschluss vom 17.11.2021 dargelegten Gründen (I.) und auch unter Berücksichtigung der weiteren Stellungnahmen des Klägers und der Drittwiderbeklagten (II.) offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die

übrigen Voraussetzungen einer Zurückweisung der Berufung nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen ebenfalls vor (III.).

**37** I. Wegen der für die Entscheidung des Senats maßgeblichen Gründe wird auf den Hinweisbeschluss vom 17.11.2021 verwiesen (§ 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO), in dem es wie folgt heißt:

„Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Im Ergebnis zu Recht hat das LG der Drittwiderklage der Beklagten stattgegeben. Dies folgt nach Auffassung des Senats bereits daraus, dass die vertragliche Vorlagesperre in § 6 des notariellen Vertrags gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist (1.). Auf die landgerichtlichen Erwägungen zur Aufrechnung der Beklagten mit ihren widerklagend geltend gemachten Ansprüchen kommt es für den Erfolg der Drittwiderklage nicht an (2.). Das Urteil beruht auch nicht auf den durch die Berufung gerügten Verfahrensfehlern (3.).

1. Unstreitig handelt es sich bei der vertraglichen Vorlagesperre in § 6 des Notarvertrags um eine von der Drittwiderbeklagten als Verkäuferin und Bauträgerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Der Kläger und die Drittwiderbeklagte sind dem von den Beklagten vorgetragenen Charakter der Klausel als von den Verkäufern gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung nicht entgegengetreten, sondern haben sich lediglich auf die AGB-rechtliche Wirksamkeit der Klauseln berufen.

Die Klausel führt zu einer Vorleistungspflicht der Beklagten, die als Erwerber erst dann als Eigentümer eingetragen werden können, wenn sie den gesamten Kaufpreis für das auf dem Grundstück zu errichtende Einfamilienhaus entrichtet haben. Der damit verbundene Verlust des Leistungsverweigerungsrechts aus § 320 BGB ist nach der Rechtsprechung des BGH als unangemessene Benachteiligung zu bewerten (BGH, Urteil vom 07.06.2001, VII ZR 420/00, juris Rdnr. 18 f.). Denn durch die mit einer solchen Klausel in einem Bauträgervertrag auferlegte Pflicht zur Vorleistung verliert der Erwerber die Möglichkeit, sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zur Geltung zu bringen, wenn der Veräußerer nicht oder schlecht erfüllt. Eine solche Vorleistungsverpflichtung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nur dann wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei der Abwägung mit den hierdurch für den Erwerber entstehenden Nachteilen Bestand hat (BGH, a. a. O.; vgl. auch KG, Urteil vom 29.08.2011, 8 U 90/10, juris Rdnr. 50; OLG München, Urteil vom 13.11.2007, 13 U 3419/07, juris Rdnr. 6).

Bei dem vorliegenden ‚Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung‘ handelt es sich um einen typengemischten Vertrag (sog. Bauträgervertrag), bei dem die Pflicht zur Eigentumsverschaffung kaufvertraglich ist, auf dessen Pflicht zur Bauerrichtung und diesbezügliche Mängelansprüche aber Werkvertragsrecht Anwendung findet (vgl. *Koebke* in Kniffka/Koebke/Jurgel/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Teil 10 Rdnr. 164 ff.; BGH, Urteil vom 12.05.2016, VII ZR 171/15,

juris Rdnr. 20 ff.; MünchKomm-BGB/Heermann, 8. Aufl. 2020, § 675 Rdnr. 103). Ein ausreichender sachlicher Grund für die durch die Klausel bewirkte Pflicht zur Vorleistung (entgegen § 641 Abs. 1 BGB), der bei der gebotenen Abwägung mit den hierdurch für den Erwerber entstehenden Nachteilen Bestand haben könnte und den damit verbundenen Verlust der Möglichkeit des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Nach Auffassung des Senats, der sich der dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung anschließt, ist die Klausel daher unwirksam.

Die Unwirksamkeit der vorgenannten Klausel führt gemäß § 306 Abs. 1 BGB dazu, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt und die Beklagten gemäß der in § 10 des notariellen Vertrags bereits erklärten Auflassung und Eintragungsbewilligung ohne Weiteres im Grundbuch einzutragen sind. Die Beschwerdeentscheidung des LG Stralsund vom 09.09.2015 steht der Annahme der Unwirksamkeit nicht entgegen, zumal dieser Beschluss lediglich den angegriffenen Vorbescheid der Notarin aufgehoben hat, aber keine rechtskräftige Entscheidung über die Wirksamkeit der Klausel enthält.

2. Auf die landgerichtlichen Ausführungen zum Erlöschen des Restvergütungsanspruchs des Klägers durch Aufrechnung kommt es für den Erfolg der Drittwiderklage nicht an, weil die Berufung bereits aus den zu Ziffer II.1 dargelegten Gründen unbegründet ist.

a. Der Senat beabsichtigt daher, die Begründung für den Erfolg der Drittwiderklage auszutauschen.

Der Senat ist nicht gehindert, die Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO mit einer Begründung zurückzuweisen, auf die das erstinstanzliche Gericht nicht abgestellt hat. Denn auch im Fall eines ‚Austauschs‘ der Begründung des erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht kann eine Berufung ohne Erfolgsaussicht sein (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 11.03.2003, 3 U 28/03, juris Rdnr. 12 ff. m. w. N.; OLG Celle, Beschluss vom 06.06.2002, 2 U 31/02, juris Rdnr. 4; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 05.08.2002, 2 BvR 1108/02, juris Rdnr. 7; Zöller/Heßler, Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, § 522 Rdnr. 36; MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher, 6. Aufl. 2020, § 522 Rdnr. 21). Wortlaut und Normzweck des § 522 Abs. 2 ZPO fordern die fehlende Aussicht auf ein erfolgreiches Resultat des Rechtsmittels. Nach dieser Resultatorientierung hat ein Rechtsmittel nur dann Erfolg, wenn das Urteil – nicht nur in der Begründung, sondern im Ergebnis – zugunsten des Rechtsmittelführers abgeändert wird. Dies ist nicht der Fall, wenn das Berufungsgericht das erstinstanzliche Ergebnis hält und lediglich die Begründung austauscht. Der Normzweck der Neuregelung, richterliche Arbeitskraft nicht unnötig durch intensive Befassung mit substanzlosen Berufungen zu binden (vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 97), gebietet daher eine am Rechtsmittelergebnis orientierte Auslegung des § 522 Abs. 2 ZPO, die Zurückweisungen

offensichtlich erfolgloser Berufungen auch bei einem ‚Austausch‘ der Begründung erlaubt.

b. Der Austausch der Begründungen ist notwendig, weil wegen der Unwirksamkeit der Klausel zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vor Eigentumseintragung keine rechtskräftige Entscheidung über die Aufrechnung der Beklagten mit ihren Mängelansprüchen ergehen durfte.

Wegen der in § 322 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Rechtskrafterstreckung muss das Gericht im Fall der Aufrechnung vorweg eine Feststellung über den Bestand der Hauptforderung treffen, bevor es die Klage wegen der für begründet gehaltenen Aufrechnung abweist (BGH, Urteil vom 01.07.1974, II ZR 115/72, juris Rdnr. 22; Urteil vom 25.06.1956, II ZR 78/55, juris Rdnr. 9; OLG Köln, Beschluss vom 10.12.1990, 2 W 58/90, juris Rdnr. 21; Musielak/Voit/Musielak, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 322 Rdnr. 84; BeckOK-ZPO/Gruber, Stand: 01.07.2021, § 322 Rdnr. 71). Entsprechendes gilt auch für den vorliegenden Fall, in dem die Aufrechnung der Beklagten – nach Ansicht des LG – nicht zur Abweisung der Klage, sondern als Angriffsmittel zum Erfolg der Drittwiderklage führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 04.12.2014, VII ZR 4/13, juris Rdnr. 48; MünchKomm-ZPO/Gottwald, 6. Aufl. 2020, § 322 Rdnr. 207).

Nach diesen höchstrichterlichen Grundsätzen war der Drittwiderklage vorliegend stattzugeben, ohne über das Bestehen der Klageforderung und die erklärte Aufrechnung zu entscheiden.

c. Durch die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung wegen der dargelegten Klauselunwirksamkeit kommt die durch das LG angenommene Aufrechnung der Beklagten mit Mängelansprüchen gegen die Vergütungsansprüche des Klägers nicht mehr zum Zuge. Eine rechtskräftige Entscheidung (§ 322 Abs. 2 ZPO) über die Aufrechnung wird – dann – nicht mehr vorliegen. Die beabsichtigte Zurückweisung wird zur Folge haben, dass über die Fragen des Bestehens des durch den Kläger geltend gemachten Vergütungsanspruchs und der Gegenansprüche der Beklagten auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung im vorliegenden Rechtsstreit nicht entschieden ist, sondern in dem abgetrennten Prozess über die Klage und Widerklage zu entscheiden sein wird.

3. Das Urteil beruht weder auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs zur Frage der Verfahrenstrennung noch stellt es ein unzulässiges Teilurteil dar.

Das LG hat der Drittwiderbeklagten – entgegen der in der Berufung erhobenen Rüge – rechtliches Gehör gewährt. Es hatte in der mündlichen Verhandlung vom 01.03.2018 auf die Möglichkeit der Abtrennung hingewiesen und der Drittwiderbeklagten darüber hinaus – nach dem Antrag der Beklagten auf Abtrennung – mit Beschluss vom 05.04.2018 die Möglichkeit der Stellungnahme eingeräumt. Auch die Rüge eines unzulässigen Teilurteils greift bereits deshalb nicht durch, weil das angegriffene Urteil nach der erfolgten



Prozessstrennung ein Endurteil und kein Teilurteil darstellt (vgl. nur Musielak/Voit/Stadler, ZPO, § 145 Rdnr. 6).

Überdies wäre ein Teilurteil, anders als die Berufung rügt, auch nicht wegen der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen unzulässig gewesen. Ein Teilurteil darf nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung auch bei grundsätzlicher Teilbarkeit eines Streitgegenstandes und Entscheidungsreife eines Teils nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen – auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht – ausgeschlossen ist (BGH, Urteil vom 13.07.2011, VIII ZR 342/09, juris Rdnr. 25; Urteil vom 11.05.2011, VIII ZR 42/10, juris Rdnr. 13, jew. m. w. N.). Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ist namentlich dann gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann (BGH, a. a. O.).

Eine solche Gefahr bestand nach Auffassung des Senats aber nicht, weil der Drittwiderklage bereits wegen der Unwirksamkeit der Klausel zur vollständigen Zahlung vor Eigentumsumschreibung (siehe oben unter Ziffer II. 1.) zuzusprechen war, ohne dass es auf eine Entscheidung über die Aufrechnung mit Mängelansprüchen ankam. Die Frage der Unwirksamkeit der vorgenannten Klausel stellt sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche oder Anspruchsteile nicht mehr.“

**38** II. Die nach Zustellung des Hinweisbeschlusses mit Schriftsätzen vom 01.12.2021 und 02.12.2021 erfolgten Ausführungen des Klägers und der Drittwiderbeklagten zum Nichtvorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen (1.) und zur Wirksamkeit der in § 6 des Notarvertrags vereinbarten Vorlagesperre (2.) ändern an diesem Ergebnis nichts.

**39** 1. Der neue Sachvortrag des Klägers und der Drittwiderbeklagten im Schriftsatz vom 01.12.2021, mit dem sie erstmals bestreiten, dass es sich bei der vertraglichen Vorlagesperre in § 6 des Notarvertrags um eine von der Drittwiderbeklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelt, ist gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen.

**40** a. Gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist.

**41** Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt der Zulassungsgrund des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nur dann zum Tragen, wenn der von dem neuen Vorbringen betroffene Gesichtspunkt in erster Instanz entweder von allen Verfahrensbeteiligten übersehen worden ist oder wenn das erstinstanzliche Gericht ihn für unerheblich gehalten hat. Die Vorschrift ist demnach nur unter der ungeschriebenen Voraussetzung anzuwenden, dass die Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Partei beeinflusst hat und daher, ohne dass deswegen ein Verfahrensfehler gegeben wäre, (mit-)ursächlich

dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in das Berufungsverfahren verlagert (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 19.02.2004, III ZR 147/03, juris Rdnr. 17 ff.; Urteil vom 23.09.2004, VII ZR 173/03, juris Rdnr. 18; Urteil vom 30.06.2006, V ZR 148/05, juris Rdnr. 17 f.; Beschluss vom 22.02.2007, III ZR 114/06, juris Rdnr. 7; Urteil vom 29.06.2011, VIII ZR 212/08, juris Rdnr. 27; Urteil vom 21.12.2011, VIII ZR 166/11, juris Rdnr. 19 f.).

**42** Diese Voraussetzung ist schon dann erfüllt, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs die Partei durch seine Prozessleitung oder seine erkennbare rechtliche Beurteilung des Streitverhältnisses davon abgehalten hat, zu bestimmten Gesichtspunkten (weiter) vorzutragen (BGH, Urteil vom 21.12.2011, VIII ZR 166/11, juris Rdnr. 19 f. m. w. N.). Das kann auf unterschiedliche Weise geschehen. So kann das Gericht eine Partei etwa durch die Erteilung von Hinweisen veranlassen, in erster Instanz von weiterem Vorbringen abzusehen (BGH, Urteil vom 23.09.2004, VII ZR 173/03, juris Rdnr. 18). Das erstinstanzliche Gericht kann aber auch durch das Unterlassen von Hinweisen den Eindruck erwecken, der bisherige Parteivortrag sei ausreichend (BGH, Urteil vom 21.12.2011, VIII ZR 166/11, juris Rdnr. 19 f.). Von einer solchen Beeinflussung ist insbesondere dann auszugehen, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs, hätte es die später vom Berufungsgericht für zutreffend erachtete Rechtsauffassung geteilt, zu einem Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 29.05.2018, VI ZR 370/17, juris Rdnr. 20).

**43** Nach diesen Grundsätzen ist das erstmalige Bestreiten des Vorliegens von – durch die Drittwiderbeklagte gestellten – Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Berufungsverfahren nicht zuzulassen. Denn der Sachvortrag des Klägers und der Drittwiderbeklagten zum Nichtvorliegen einer durch sie gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung der vereinbarten Eintragungssperre ist vom LG nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, nicht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden. Es fehlt an der dargelegten Voraussetzung einer kausalen Beeinflussung des erstinstanzlichen Vortrags des Klägers und der Drittwiderbeklagten. Eine solche ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

**44** Insbesondere wäre das LG auch dann nicht gemäß § 139 Abs. 2 ZPO zu einem rechtlichen Hinweis verpflichtet gewesen, wenn es – wie der Senat – der Drittwiderklage wegen der Klauselunwirksamkeit der Eintragungssperre stattgegeben hätte. Denn die Beklagten hatten diese AGB-rechtliche Unwirksamkeit der vertraglichen Vorlagesperre in § 6 des Notarvertrags unter Hinweis auf das Urteil des BGH vom 07.06.2001 (BGH, VII ZR 420/00, juris Rdnr. 18 f.) ausdrücklich mit Schriftsatz vom 23.09.2014 (...) vorgetragen, und das LG hat durch seine Prozessführung nicht den Eindruck erweckt, es komme auf die durch die Beklagte vorgetragene AGB-rechtliche Unwirksamkeit der Klausel nicht an.

**45** Ein Hinweis gemäß § 139 Abs. 2 ZPO war unter diesen Umständen nicht geboten, weil der Kläger und die Drittwiderbeklagte, beide anwaltlich vertreten, durch den eingehenden Vortrag der Beklagten zutreffend über die Sach- und Rechtslage unterrichtet worden waren. Denn im

Fall einer – wie hier – anwaltlich vertretenen Partei ist davon auszugehen, dass die Partei einen unmissverständlichen Vortrag verstanden hat, es sei denn, es ergeben sich deutliche Anhaltspunkte für ein unzureichendes Erfassen (MünchKomm-ZPO/*Fritsche*, 6. Aufl. 2020, § 139 Rdnr. 45). Solche Anhaltspunkte lagen nicht vor. Im Gegenteil haben der Kläger und die Drittwiderbeklagte erstinstanzlich zur Frage der AGB-rechtlichen Wirksamkeit verschiedener Klauseln des Notarvertrags ausdrücklich Stellung genommen, ohne dabei das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu bestreiten, nachdem die Beklagten das Vorliegen vorformulierter und durch den Kläger mehrfach verwendeter Klausel vorgetragen hatten.

**46 b.** Eine Zulassung des neuen Vorbringens des Klägers und der Drittwiderbeklagten nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO kommt ebenfalls nicht in Betracht. Es ist kein Verfahrensfehler ersichtlich, aufgrund dessen der Kläger und die Drittwiderbeklagte es erstinstanzlich unterlassen hätten, das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu bestreiten. Auch ist nicht dargetan, warum der Kläger und die Drittwiderbeklagte ihr Bestreiten nicht gemäß der Prozessförderungspflicht des § 282 ZPO erstinstanzlich vorgebracht haben (vgl. *Zöller/Heßler*, ZPO, § 531 Rdnr. 30 ff. m. w. N.). Die vom Gesetzgeber gewollte Konzentration der Tatsachenfeststellung auf die erste Instanz zwingt die Parteien, grundsätzlich bereits in erster Instanz alles vorzutragen, was aus ihrer Sicht für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich ist. Verzichten sie zum Beispiel aus prozesstaktischen Gründen auf einen derartigen Vortrag und bestreiten den Vortrag der Gegenseite erst im Berufungsverfahren, ist dieses Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen (vgl. BGH, Beschluss vom 24.11.2009, VII ZR 31/09, juris Rdnr. 9).

**472.** Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagte ausführen, die in § 6 des Notarvertrags vereinbarte Vorlagesperre führe nicht zum Verlust eines Leistungsverweigerungsrechts (§ 320 BGB) der Beklagten und sei daher nicht wegen unangemessener Benachteiligung der Beklagten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Denn anders als die Berufung geltend macht, entsteht ein „Recht zur Auflassung“ aufseiten der Beklagten nach der vertraglichen Regelung nicht erst „nach vollständiger Fertigstellung und förmlicher Abnahme und Zahlung des Restkaufpreises“: Die Parteien haben gemäß § 10 des Notarvertrags vielmehr mit Vertragsschluss bereits wirksam die Auflassung erklärt und lediglich die Eintragung der Beklagten im Grundbuch durch die in § 6 vorgesehene Vorlagesperre gehemmt. Ob die Beklagten – wie die Berufung geltend macht – in einzelnen Bauabschnitten die Möglichkeit hatten, Teilzahlungen wegen Werkmängeln zu verweigern, ist nicht entscheidend. Entscheidend ist insoweit, dass die beklagten Erwerber – ohne sachlichen Grund – die Eigentumsumschreibung infolge der Klausel nur durch Bezahlung des gesamten Kaufpreises erreichen konnten. Der hierdurch bewirkte Verlust der Möglichkeit, ihr gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen, führt nach der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 07.06.2001, VII ZR 420/00, juris Rdnr. 18 f.)

zu einer Unwirksamkeit der Klausel wegen unangemessener Benachteiligung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Gregor Basty**, München

Die Entscheidung stützt sich auf das Urteil des BGH vom 07.06.2001.<sup>1</sup> Dort wurde entschieden, die Klausel

„Der amtierende Notar wird angewiesen, den Antrag auf Umschreibung des Eigentums erst dann zu stellen, wenn der in bar zu entrichtende Kaufpreis (...) voll gezahlt ist.“

in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgervertrags benachteilige den Klauselgegner hinsichtlich der Pflicht zur Vorleistung unangemessen und sei daher wegen eines Verstoßes gegen das AGBG (jetzt §§ 305 ff. BGB) unwirksam.

Der BGH versteht die Klausel (auch) als vertragliche Vereinbarung im Rechtsverhältnis zwischen Erwerber und Bauträger. Die Formulierung „gezahlt ist“ führe in dem Sinne zu einer Vorleistungsverpflichtung des Erwerbers, dass er erst nach Zahlung des Kaufpreises Anspruch auf das Eigentum habe. Die im entschiedenen Fall sachgerechte Zug-um-Zug-Verurteilung wäre damit ausgeschlossen gewesen. Deshalb wurde die Klausel für unwirksam erachtet.

Die Entscheidung stellt das in §§ 320, 322 BGB zum Ausdruck kommende Zug-um-Zug-Prinzip (selbstverständlich) nicht infrage.<sup>2</sup>

Richtigerweise sind zwei Ebenen zu unterscheiden, zum einen (materiellrechtlich), wann der Erwerber die Eigentumsverschaffung verlangen kann, zum anderen (verfahrensrechtlich), wann der Notar was zu tun hat.

#### 1. Vorleistung

Nach der vorliegenden Rechtsprechung sollte in Formular- und Verbraucherverträgen deutlich gemacht werden, dass eine Regelung zum Treuhandauftrag nicht gleichzeitig für die Rechte und Pflichten der Beteiligten untereinander gilt. Prüfungsmaßstab muss nach der Entscheidung vom 07.06.2001 sein, ob nach der konkreten Gestaltung einer die Eigentumsumschreibung betreffenden Klausel dem Prozessgericht eine Zug-um-Zug-Verurteilung verwehrt wäre. Ist diese Frage zu bejahen, ist die Klausel gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Dies ist der Fall, wenn bestimmt wird (oder die Klausel so verstanden werden kann), dass der Eigentumsverschaffungsanspruch erst besteht, „wenn der Kaufpreis gezahlt ist“.<sup>3</sup>

1 BGH, Urteil vom 07.06.2001, VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85 = DNotZ 2002, 41 m. Anm. *Basty* = NotBZ 2001, 462 m. Anm. *Hertel* = RNotZ 2002, 50 m. Anm. *Litzenburger*; hierzu näher auch *Fabis*, ZfIR 2002, 177; *Keim*, MittBayNot 2003, 21.

2 Vgl. *Basty*, DNotZ 2002, 41; *Thode*, ZNotP 2006, 208, 210.

3 BGH, Urteil vom 07.06.2001, VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85.

Denn damit würde der Erwerber die Möglichkeit verlieren, sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zur Geltung zu bringen, wenn der Bauträger nicht oder schlecht erfüllt. Im Prozess wäre eine Zug-um-Zug-Verurteilung ausgeschlossen.

Entscheidend ist insofern der materiellrechtliche Anspruch auf Eigentumsverschaffung, nicht der Anspruch auf Abgabe einer Vollzugsanweisung an den Notar.

Vor diesem Hintergrund finden sich in Formularen zum Bauträgervertrag häufig Bestimmungen, die deutlich machen (sollen), dass verfahrensrechtliche Anweisungen an den Notar nicht gleichzeitig die Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen Bauträger und Erwerber regeln.

Dies kann zum Beispiel erfolgen durch den Satz:

Der Veräußerer ist verpflichtet, dem Erwerber das Eigentum am Vertragsobjekt Zug um Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises zu verschaffen.<sup>4</sup>

Dasselbe Anliegen verfolgt der Zusatz:

Die Rechte des Erwerbers gemäß § 320 BGB bleiben unberührt.<sup>5</sup>

Teilweise erfolgt dies auch in der Weise, dass die Anweisung an den Notar „unbeschadet der zivilrechtlichen Übertragungspflicht des Bauträgers“ erfolgt.<sup>6</sup>

Dasselbe will die vom OLG Rostock beanstandete Klausel zum Ausdruck bringen, wenn es dort heißt, dass die Anweisung an den Notar durch die Vertragsparteien „unabhängig von ihrer Leistungspflicht untereinander“ erfolgt.

Das OLG geht hierauf nicht ein. In der Folge versteht es die Klausel nicht richtig (und möglicherweise auch nicht den BGH). Insofern macht das Urteil den Vertragsgestalter etwas hilflos. Missverständnisse sind wohl nicht vermeidbar.

Im Übrigen ist auch bei einem Vertrag, der entsprechende Bestimmungen nicht enthält, in erster Linie eine Auslegung des gesamten Vertrags geboten, ob die Vertragsparteien mit einer Anweisung an den Notar im Hinblick auf die Eigentumsumschreibung tatsächlich gleichzeitig regeln wollen, wann der materiellrechtliche Anspruch entstehen soll. Dies wird in aller Regel nicht gewollt sein, sondern allein eine Bestimmung zu den Amtspflichten des Notars.

4 Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl. 2021, Kap. 17 Rdnr. 1 im Muster unter VIII.; *Heinemann/Wochner*, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 7 Rdnr. 114; *Kersten/Bühling/Wolfsteiner/Bomhard*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, § 33 Rdnr. 115 unter 8.2.

5 *Grziwotz/Koebler/Forschner/Leidner*, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2022, Kap. 5 (a. E.) im Gesamtmuster Bauträgervertrag unter XIII.

6 *Reithmann/Terbrack/Terbrack*, Kauf vom Bauträger, 8. Aufl. 2018, Anhang I § 10 des Vertragsmusters.

## 2. Kaufpreiszahlung

Weniger glücklich erscheint in der Klausel, über die das OLG Rostock zu entscheiden hatte, die Formulierung „wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen ist“.

### a) Gesamter Kaufpreis/geschuldeter Kaufpreis

Gemeint ist damit wohl der im Vertrag ausgewiesene Kaufpreis. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass der im Vertrag genannte Kaufpreis sich noch ändern kann. Werden die geschuldeten Leistungen nur mangelhaft oder unvollständig erbracht, kann der Erwerber mindern oder aufrechnen. Bei Sonderwünschen kann sich der Kaufpreis erhöhen (insofern könnte die Klausel für den Bauträger nachteilig sein).

Sowohl im Interesse des Erwerbers als auch im Interesse des Bauträgers sollte es, wie auch in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV bestimmt, auf den geschuldeten Kaufpreis ankommen.<sup>7</sup> Damit wird den gesetzlichen Anforderungen hinreichend Rechnung getragen.<sup>8</sup>

Insofern ist die Formulierung „gesamter Kaufpreis“ in der beanstandeten Klausel nicht sachgerecht, sie führt jedoch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung eines Vertragsteils. Die Bestimmung betrifft nur die Anweisung an den Notar. Nachdem ausdrücklich die Leistungspflicht untereinander unberührt bleiben soll, kann man der Formulierung keine Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts des Erwerbers entnehmen.

### b) Nachweis

Zweifelhaft ist, ob „nachgewiesen“ sachgerecht ist. Danach wäre auch ein „Nachweis“ des Verkäufers/Bauträgers (zum Beispiel in Form von Kontoauszügen) erforderlich. Dieser kann aber auch schon vor vollständiger Kaufpreiszahlung die Eigentumsumschreibung freigeben (und muss dies nach der Rechtsprechung unter Umständen auch, zum Beispiel wenn er mit Mängelbeseitigungsarbeiten erheblich in Verzug ist<sup>9</sup>). Sachgerecht wäre ggf. die Formulierung, dass der Verkäufer/Bauträger die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises bestätigt.

Soll der Notar die Eigentumsumschreibung auch dann zu veranlassen haben, wenn ihm der Erwerber die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachweist,<sup>10</sup> besteht das Problem, dass der Notar nicht beurteilen kann, was letztlich geschuldet ist. Um den Sicherungsinteressen des Bauträgers zu genügen, müsste daher neben dem entsprechenden Nachweis des Erwerbers zusätzlich eine Bestätigung des Bauträgers hinsichtlich der Höhe der geschuldeten Vertragssumme oder ein rechtskräftiges

7 *Meyer*, RNotZ 2006, 497, 520.

8 *Beck'sches Notarhandbuch/Esbjörnsson*, 7. Aufl. 2019, § 2 Rdnr. 107; *Pause/Vogel*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kap. 5 Rdnr. 10.

9 Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Kap. 11 Rdnr. 33 ff.

10 *Grziwotz/Koebler/Forschner/Leidner*, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 5 im Vertragsmuster unter XIII. (Auflassung); *Keim*, MittBayNot 2003, 21, 27.

Urteil hierzu zur Voraussetzung der Eigentumsumschreibung gemacht werden.<sup>11</sup> Ein Vorteil gegenüber der Gestaltung, die allein auf die Bestätigung des Bauträgers abstellt, ist darin nicht zu erkennen.

Wer einen Nachweis des Käufers ohne jegliche Mitwirkung des Bauträgers genügen lassen will, muss auf den in der Urkunde genannten Kaufpreis abstellen. Der Bauträger verliert damit freilich im Fall späterer Kaufpreiserhöhungen die Sicherheit durch die Sperre der Auflassung. Dies erscheint nicht interessengerecht und wird auch durch §§ 305 ff. BGB nicht verlangt.<sup>12</sup>

### 3. Anspruch auf Eigentumsumschreibung

Nach der Entscheidung des OLG Rostock ist Folge der Unwirksamkeit der Klausel, dass der Erwerber aufgrund der erklärten Auflassung und Eintragungsbewilligung „ohne Weiteres“ im Grundbuch einzutragen ist. Wäre das richtig, hätte der Erwerber bereits unmittelbar nach Beurkundung des Vertrags die Eigentumsumschreibung verlangen können. Insofern wird nicht nur die Bedeutung des Zug-um-Zug-Prinzips verkannt, sondern auch die Rechtsnatur der Notaranweisung. Sie kann von den Parteien nur übereinstimmend geändert werden.<sup>13</sup> Der Erwerber müsste also gegen den Bauträger einen Anspruch auf Änderung der Weisung geltend machen. Dieser könnte entgegenhalten, dass er hierzu nur Zug um Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises verpflichtet ist. Die vom OLG geltend gemachte Unwirksamkeit der Klausel führt nicht dazu, dass der Bauträger vorleistungspflichtig hinsichtlich der Eigentumsverschaffung wird.

### 4. Amtspflichten des Notars nach dem GwG

Der Notar hat bei ab dem 01.04.2023 abgeschlossenen Kauf- und Bauträgerverträgen vor Einreichung des Antrags auf Eigentumsumschreibung zu prüfen, ob die Zahlungen ordnungsgemäß i. S. d. § 16a GwG erbracht wurden. Insbesondere gilt ein Barzahlungsverbot. Die Vertragsbeteiligten haben entsprechende Nachweise zu erbringen. Sie sind vom Notar auf Schlüssigkeit zu prüfen.

Ist der gesamte Kaufpreis im Hinblick auf die Lastenfreistellung oder aufgrund einer Abtretung an ein Kreditinstitut, das im Inland zum Geschäftsbetrieb befugt ist, zu leisten, genügt im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung, dass dieses den Eingang der entsprechenden Zahlungen dem Notar gegenüber bestätigt. Die Mitteilung, der erteilte Treuhandauftrag sei erledigt, erscheint hinreichend. Mit der Erklärung des empfangsberechtigten Kreditinstituts ist die ordnungsgemäße Zahlung zumindest schlüssig dargetan. In anderen Fällen wird der Nachweis in der Regel durch Zahlungsbestätigung(en) der auf der Veräußerer- oder Erwerberseite an der Transaktion beteiligten Kreditinstitute erfolgen (§ 16a Abs. 2 Satz 2 GwG). Sie können den Eingang/die Überweisung des Gesamtbetrags

zum Inhalt haben oder den Eingang/die Überweisung der einzelnen Raten. Außerdem kommt die Vorlage von Kontoauszügen in Betracht. Für die Schlüssigkeitsprüfung ergibt sich aus § 16a Abs. 5 Satz 2 GwG eine Bagatellgrenze von 10.000 €. Ein hinreichend schlüssiger Nachweis gilt auch dann als erbracht, wenn bis zu dieser Höhe tatsächlich kein schlüssiger Nachweis im Sinne des § 16 Abs. 2 GwG vorliegt.

Bei einer Herabsetzung des Kaufpreises über diese Bagatellgrenze hinaus bedarf es einer erläuternden Erklärung beider Vertragsteile (zum Beispiel zu einer Minderung oder einer entsprechenden Sonderwunschvereinbarung). Dasselbe gilt bei einer Erhöhung des Kaufpreises. Weicht der nachgewiesene Betrag von dem Kaufpreis laut Vertrag ab, wird der Notar auf solche Erklärungen hinzuwirken haben.

§ 16a GwG schließt eine Aufrechnung des Erwerbers nicht aus. Wird dies geltend gemacht, sind im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung alle hierzu maßgeblichen Umstände zu würdigen, zum Beispiel das Gegenseitigkeitsverhältnis und die Wirksamkeit und Fälligkeit der Gegenforderung. Eine Aufrechnung der Kaufpreisforderung gegen den Bereicherungsanspruch im Falle der Barzahlung (vgl. § 16a Abs. 1 Satz 3 GwG) ist nach der Gesetzesbegründung ausgeschlossen; jedenfalls ist sie nach dem Gesetzeszweck im Rahmen der dem Notar obliegenden Schlüssigkeitsprüfung nicht als taugliche Erfüllung anzuerkennen.

Der Notar kann im Vertrag und auch nachträglich angewiesen werden, die Eigentumsverschaffung unabhängig von der geschuldeten Zahlung zu veranlassen. Ggf. ist auf die Risiken einer ungesicherten Vorleistung hinzuweisen. Nach der Rechtsprechung kann der Käufer unabhängig von den vertraglichen Regelungen einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung auch schon vor vollständiger Zahlung des geschuldeten Kaufpreises haben. Bei einem Bauträger wird dies insbesondere dann der Fall sein, wenn er sich mit der Beseitigung von Mängeln oder der Fertigstellung erheblich in Verzug befindet. In solchen Fällen obliegen dem Notar nach § 16a Abs. 4 GwG auf die Dauer von maximal einem Jahr nach Einreichung des Eintragungsantrags Kontrollpflichten. Er hat die Schlüssigkeit des Nachweises über die ordnungsgemäße Erbringung der (Rest-)Zahlungen innerhalb angemessener Zeit nach Fälligkeit zu prüfen.

Ein Treuhandauftrag zu einer im Vertrag erklärten Auflassung wird nicht dadurch entbehrlich, dass der Notar die Pflichten nach § 16a GwG zu erfüllen hat. Eine Prüfung der Schlüssigkeit führt nur zu einer Plausibilitätskontrolle hinsichtlich der vorgelegten Unterlagen. Es ist nicht gewährleistet, dass die geschuldeten Leistungen tatsächlich erfolgt sind. Zudem kann nach § 16a Abs. 3 Nr. 1 lit. b) GwG die Eigentumsumschreibung auch ohne schlüssigen Nachweis der Kaufpreiszahlung zu veranlassen sein, außerdem gilt die Bagatellgrenze von 10.000 € nach § 16a Abs. 5 GwG. Und schließlich dient § 16a GwG nur einem öffentlichen Interesse, der Veräußerer hätte daher bei einem Verstoß keinen Schadensersatzanspruch gegen den Notar.

11 So der Regelungsvorschlag von *Riemenschneider* in *Riemenschneider/Farrelly*, *Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung und -vertrag*, 2012, Rdnr. 757.

12 *Beck'sches Notarhandbuch/Esbjörnsson*, § 2 Rdnr. 107.

13 *Keim*, *MittBayNot* 2002, 21, 26 f.

## Bürgerliches Recht

### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

#### 4. Beschlusskompetenz der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bei unklarer Rechtslage; Verteilung des Selbstbehalts bei Versicherungsschaden am Sondereigentum

BGH, Urteil vom 16.09.2022, V ZR 69/21 (Vorinstanz: LG Köln, Urteil vom 18.03.2021, 29 S 146/20)

WEG § 16 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 18 Abs. 2 Nr. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Kommt es für die Frage, ob eine Verwaltungsmaßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, auf eine umstrittene und höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfrage an (hier: Verteilung des Selbstbehalts in einer verbundenen Gebäudeversicherung), ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer berechtigt, durch Mehrheitsbeschluss zu entscheiden, welche Auffassung für die künftige Verwaltungspraxis maßgeblich sein soll. Ein solcher Beschluss kann mit einer Beschlussersetzungsklage gerichtlich erzwungen werden.
2. Tritt in einer Wohnungseigentumsanlage aufgrund einer defekten Wasserleitung ein Schaden ein, ist ein von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in der verbundenen Gebäudeversicherung vereinbarter Selbstbehalt, durch den der Versicherer einen bestimmten Teil des ansonsten versicherten Interesses nicht zu ersetzen hat, wie die Versicherungsprämie nach dem gesetzlichen bzw. vereinbarten Verteilungsschlüssel zu verteilen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Leitungswasserschaden an dem Gemeinschaftseigentum oder – ausschließlich oder teilweise – an dem Sondereigentum entstanden ist.
3. Die Wohnungseigentümer können gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG eine von dem allgemeinen Umlageschlüssel abweichende Verteilung des Selbstbehalts beschließen.
4. Ein auf § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG gestützter Anspruch eines Wohnungseigentümers auf Anpassung der Kostenverteilung für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten ist nur dann gegeben, wenn zugleich die in § 10 Abs. 2 WEG genannten Voraussetzungen vorliegen (Fortführung von Senat, Urteil vom 15.01.2010, V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rdnr. 27). Dies gilt auch bei der Verteilung eines in der verbundenen Gebäudeversicherung vereinbarten Selbstbehalts.

#### SACHVERHALT:

1 Die Parteien bilden eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Zu der Anlage gehören die Wohnungen der Beklagten und die gewerbliche Teileigentumsseinheit der Klägerin. Das Trinkwasserleitungssystem aus Kupfer ist mit Mängeln behaftet. Seit Jahren treten immer wieder Wasserschäden auf und verursachen ganz er-

hebliche Instandsetzungskosten, die sich allein im Jahr 2018 auf rund 85.000 € beliefen. Die GdWE macht deshalb Ansprüche aus Sachmängelhaftung gegen das Unternehmen geltend, das die Kupferrohre verlegt hat. Das von ihr eingeleitete gerichtliche Verfahren ist noch nicht abgeschlossen. Die GdWE unterhält eine Gebäudeversicherung, die neben anderen Risiken auch Leitungswasserschäden abdeckt (sog. verbundene Gebäudeversicherung). Der Versicherungsschutz besteht für das gesamte Gebäude, ohne dass zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum unterschieden wird. Der Selbstbehalt beträgt wegen der Schadenshäufung inzwischen 7.500 € pro Schadensfall, weshalb die Versicherung im Ergebnis nur noch ca. 25 % der Schäden erstattet. Bislang ist die Praxis in der Gemeinschaft so, dass die Verwalterin bei einem Wasserschaden ein Fachunternehmen mit der Schadensbeseitigung beauftragt und die Kosten von dem Gemeinschaftskonto begleicht. Sie nimmt die Versicherung in Anspruch und legt die Kosten unter Abzug der Versicherungsleistung nach Miteigentumsanteilen um, und zwar auch insoweit, als die Schäden im Bereich des Sondereigentums entstanden sind. Nach dem Vortrag der Klägerin sind die Mängel an den Leitungen bisher jeweils hinter den Absperrrichtungen im räumlichen Bereich des Sondereigentums der betroffenen Wohneinheiten entstanden. In der Einheit der Klägerin ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bislang kein Schaden aufgetreten.

2 Die Klägerin verlangt – soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse – mit ihrer auf zwei Anträge gestützten und gegen die übrigen Wohnungseigentümer gerichteten Beschlussersetzungsklage eine von der bisherigen Praxis abweichende Verteilung des Selbstbehalts. Vorrangig (Antrag zu 1) soll der Beschluss ersetzt werden, dass bei einem Wasserschaden, der im Bereich des Sondereigentums entstanden ist, die Kosten der Instandsetzung und Schadensbeseitigung einschließlich der Selbstbeteiligung für den Gebäudeversicherer von dem Sondereigentümer der betroffenen Wohneinheit zu tragen sind. Nach dem Antrag zu 2 soll der zu ersetzende Beschluss dahin gehend lauten, dass bei einem im Bereich des Sondereigentums der Wohneinheiten entstandenen Wasserschaden der mit der Gebäudeversicherung vereinbarte Selbstbehalt von den Eigentümern der Wohneinheiten nach Miteigentumsanteilen zu tragen ist und bei Leitungswasserschäden, die im Bereich des Sondereigentums der Gewerbeeinheit entstanden sind, deren Eigentümerin den Selbstbehalt alleine tragen soll. Das AG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das LG nach mündlicher Verhandlung am 03.12.2020 zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihre auf Beschlussersetzung gerichteten Anträge weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts scheidet die Beschlussersetzungsklage schon daran, dass die Beklagten nicht mehr passivlegitimiert sind. Seit der Neufassung des WEG zum 01.12.2020 müssten die zu diesem Zeitpunkt bereits anhängigen Beschlussersetzungsklagen gegen die GdWE und nicht gegen die übrigen Wohnungseigentümer gerichtet werden. Darüber hinaus stehe der Klägerin kein Anspruch auf die beantragten Beschlussfassungen zu. Für den ersten Antrag fehle schon die Beschlusskompetenz, weil der Verband für die Beseitigung von Schäden am Sondereigentum nicht zuständig sei. Mehrheitsbeschlüsse zur Übernahme der Schadensregulierung im Sondereigentum seien mangels Beschlusskompetenz nichtig. Unbegründet sei auch der Antrag zu 2. Zwar könne die Verteilung des Selbstbehalts gemäß § 16 Abs. 2 WEG Gegenstand einer Beschlussfassung sein. Es fehle aber an einer für die Beschlussersetzung erforderlichen Ermessensreduzierung

auf Null. Da das auf die Sachmängelhaftung bezogene Gerichtsverfahren nicht beendet sei, erscheine derzeit eine Regelung über die Verteilung des Selbstbehalts nicht angezeigt. Bei einem günstigen Ausgang des Verfahrens sei wegen einer dann erfolgenden Mängelbeseitigung nicht mit weiteren Schadensfällen zu rechnen; zudem seien Schadenersatzleistungen zu erwarten. Außerdem sei fraglich, ob es ordnungsmäßiger Verwaltung entspreche, die Verteilung des Selbstbehalts von dem Bereich abhängig zu machen, in dem der Schaden entstanden sei. Für Schäden am Gemeinschaftseigentum müsse insgesamt die Gemeinschaft aufkommen. Zudem sei zu beachten, dass die Wohnungseigentümer, anders als dies bisher praktiziert werde, Schäden im Sondereigentum selbst beseitigen müssten und der Verband lediglich zur Unterstützung bei der Abwicklung des Versicherungsfalles verpflichtet sei. Die GdWE müsse daher über die Verteilung des Selbstbehalts erst entscheiden, wenn sie von einem Sondereigentümer in Anspruch genommen werde.

**4 II.** Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich die von der Klägerin begehrte Beschlussfassung nicht ablehnen.

**5 1.** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die beklagten Wohnungseigentümer weiterhin die richtigen Klagegegner. Zwar ist eine auf Beschlussersetzung gerichtete Klage eines Wohnungseigentümers gemäß § 44 Abs. 2 Satz 1 WEG in der Fassung des am 01.12.2020 in Kraft getretenen WEMoG vom 16.10.2020 (BGBl. 2020 I, S. 2187) gegen die GdWE zu richten. Für die – wie hier – bis zum 30.11.2020 anhängig gewordenen Verfahren nach § 21 Abs. 8 WEG a. F. ist aber – wie der Senat inzwischen, allerdings erst nach Erlass des Berufungsurteils, entschieden hat – in analoger Anwendung von § 48 Abs. 5 WEG das bisher geltende Verfahrensrecht anzuwenden und die Klage auch weiterhin gegen die übrigen Wohnungseigentümer zu richten (näher dazu Senat, Urteil vom 25.02.2022, V ZR 65/21, ZWE 2022, 220 Rdnr. 15 ff.).

**6 2.** Das Rechtsschutzbedürfnis für die Beschlusssetzung, das der Senat von Amts wegen zu prüfen hat und von dessen Vorliegen auch das Berufungsgericht unausgesprochen ausgeht, ist gegeben, obwohl die Wohnungseigentümer bislang über das Begehren der Klägerin noch keinen Beschluss gefasst haben. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt nämlich trotz fehlender Vorbefassung nicht, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass der Antrag in der Eigentümerversammlung nicht die erforderliche Mehrheit finden wird, sodass die Befassung der Versammlung eine unnötige Förmerei wäre (Senat, Urteil vom 15.01.2010, V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rdnr. 15). Hiervon ist auf der Grundlage des Vorbringens der Klägerin, gegen das die Beklagten keine Einwendungen erhoben haben, auszugehen.

**7 3.** In der Sache ist die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Voraussetzungen für eine gerichtlich zu ersetzende Beschlussfassung verneint, von Rechtsfehlern beeinflusst.

**8 a)** Die Beschlussersetzungsklage dient der gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs des Wohnungseigentümers auf ordnungsmäßige Verwaltung gemäß § 18 Abs. 2 WEG (vgl. Senat, Urteil vom 15.01.2010, V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rdnr. 21; Urteil vom 17.10.2014, V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rdnr. 9 f.; Urteil vom 04.05.2018, V ZR 203/17, NJW 2018, 3238 Rdnr. 9 – jew. zu § 21 Abs. 4 WEG a. F.); durch das WEMoG haben sich insoweit keine Änderungen ergeben. Die Klage ist daher begründet, wenn der klagende Wohnungseigentümer einen Anspruch auf den seinem Rechtsschutzziel entsprechenden Beschluss hat, weil nur eine Beschlussfassung ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 82 zu § 44 Abs. 1 Satz 2 WEG). Abzustellen ist auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung (vgl. Senat, Urteil vom 04.05.2018, V ZR 203/17, a. a. O. Rdnr. 26) und damit auch in Übergangsfällen – wie hier – auf das neue materielle Recht (vgl. Senat, Urteil vom 25.02.2022, V ZR 65/21, ZWE 2022, 220 Rdnr. 23).

**9 b)** Hat der klagende Wohnungseigentümer einen Anspruch auf eine Beschlussfassung und verbleibt den Wohnungseigentümern bei der Auswahl der zu treffenden Maßnahmen – wie dies regelmäßig etwa bei der Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums der Fall ist (vgl. Senat, Urteil vom 14.06.2019, V ZR 254/17, BGHZ 222, 187 Rdnr. 15) – ein Gestaltungsspielraum, wird bei der Beschlussersetzungsklage das den Wohnungseigentümern zustehende Ermessen durch das Gericht ausgeübt. Prozessual wird der gerichtlichen Ermessensausübung dadurch Rechnung getragen, dass – anders als nach der allgemeinen Vorschrift des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO – die Angabe des Rechtsschutzziels genügt (vgl. Senat, Urteil vom 24.05.2013, V ZR 182/12, NJW 2013, 2271 Rdnr. 23). An den Wortlaut eines konkreten Klageantrages ist das Gericht daher nicht gebunden und abweichend von diesem ermächtigt, diejenigen Maßnahmen anzuordnen, die nach billigem Ermessen notwendig sind, um dem Rechtsschutzziel des klagenden Eigentümers zu entsprechen (vgl. Jennißen/Suilmann, WEG, 7. Aufl., § 44 Rdnr. 134). Auch wenn beispielsweise der klagende Wohnungseigentümer keinen Anspruch auf Durchführung einer mit der Klage konkret verlangten Sanierungsmaßnahme hat, können die Voraussetzungen für die Ersetzung eines sog. Grundlagenbeschlusses vorliegen, nach dem zunächst nur über das „Ob“ der Maßnahme entschieden werden soll, während das „Wie“ der Ausgestaltung durch die Wohnungseigentümer vorbehalten bleibt (vgl. zu einem Grundlagenbeschluss Senat, Urteil vom 04.05.2018, V ZR 203/17, NJW 2018, 3238 Rdnr. 8, 29). Eine Beschlussersetzungsklage ist deshalb nicht nur dann begründet, wenn das Ermessen der Wohnungseigentümer in dem Sinne auf „null“ reduziert ist, dass nur ein Beschluss mit dem in dem Klageantrag konkret formulierten Inhalt ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht (unzutreffend daher LG Köln, ZWE 2021, 332 Rdnr. 8 f.).

**10 c)** Gemessen hieran rechtfertigt die Begründung des Berufungsgerichts die Abweisung der Klage nicht.

**11 aa)** Das Berufungsgericht übersieht bereits im Ausgangspunkt, dass die Klägerin mit ihren beiden Beschlussset-

zungsanträgen der Sache nach dasselbe Rechtsschutzziel verfolgt. Sie will nämlich die derzeitige Verwaltungspraxis – soweit es um die Kostenverteilung geht – ändern lassen, nach der sie wegen des im Versicherungsfall verbleibenden Selbstbehalts (anteilig) an den Kosten der Schadensbeseitigung im Sondereigentum der Beklagten beteiligt wird. Sie meint, dass zu der Erreichung dieses Ziels – entsprechend ihren Anträgen – mehrere ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechende Maßnahmen in Betracht kämen. Die Klage ist deshalb begründet, wenn die Klägerin überhaupt einen Anspruch auf eine Beschlussfassung hat, die ihrem Rechtsschutzziel Rechnung trägt. Eine Bindung an die konkreten Klageanträge besteht nicht. Insoweit muss das Ermessen nicht auf null reduziert sein.

**12 bb)** Die Beschlussersetzung scheitert auch nicht an der fehlenden Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer. Diese ist nicht nur für den zweiten von der Klägerin formulierten Klageantrag gegeben, wovon das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend ausgeht (vgl. dazu näher unten unter IV. 1.), sondern ebenfalls für den ersten Antrag.

**13 (1)** Insoweit hat das Berufungsgericht das Rechtsschutzziel der Klägerin nicht richtig erfasst. Die Revision rügt zu Recht, dass die Klägerin keine Beschlussfassung herbeiführen möchte, nach der die GdWE für eine Schadensbeseitigung im Bereich des Sondereigentums zuständig ist, aber die betroffenen Sondereigentümer die Kosten zu tragen haben. Sie stützt ihre Anträge ausdrücklich darauf, dass die Beklagten die Schäden an ihrem Sondereigentum auf eigene Kosten zu beseitigen hätten, und begehrt eine Beschlussfassung, die dieser Rechtslage im Hinblick auf den im Versicherungsvertrag vereinbarten Selbstbehalt bei Schäden am Sondereigentum entspricht. Dass es ihr allein um die Umlage des Selbstbehalts geht, ergibt sich daraus, dass die über den Selbstbehalt hinausgehenden Schäden von der Versicherung erstattet werden. Auch wenn die Sondereigentümer die Schäden im Bereich ihres Sondereigentums selbst beheben müssten, wie es das Berufungsgericht für richtig hält, wäre die Frage der Verteilung des Selbstbehalts nicht obsolet. Die Wohnungseigentümer könnten dann beschließen, wie die GdWE mit auf den Selbstbehalt bezogenen Erstattungsverlangen umgeht. Da der Regelungsbedarf angesichts der Streitigkeiten derzeit besteht, muss sich die Klägerin entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht darauf verweisen lassen, spätere Prozesse der Sondereigentümer gegen die GdWE abzuwarten.

**14 (2)** Wird das Rechtsschutzziel der Klägerin interessengerecht in diesem Sinne ausgelegt, lässt sich die Beschlusskompetenz nicht verneinen. Auf die nachgelagerte Frage, ob der Selbstbehalt zu den Kosten des § 16 Abs. 2 Satz 1 WEG zählt (vgl. dazu unten unter III. 3.), kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

**15 (a)** Um eine bloße Klarstellung, die nach der Rechtsprechung des Senats Gegenstand eines Beschlusses sein kann, wenn dieser keine Zweifel an der Rechtslage aufkommen lässt (vgl. Senat, Urteil vom 28.10.2016, V ZR 91/16, NJW 2017, 1167 Rdnr. 16; Urteil vom 15.01.2010, V ZR 80/09, NJW 2010, 933 Rdnr. 13), geht es hier allerdings nicht. Viel-

mehr stellt sich die Frage, ob die Wohnungseigentümer im Hinblick auf Themen, die sich rechtlich nicht sicher beurteilen lassen und über die sie sich nicht einig sind, ihre zukünftige Verwaltung durch Beschluss festlegen können. Dies ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn es für die Frage, ob eine Verwaltungsmaßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, auf eine umstrittene und höchstrichterliche ungeklärte Rechtsfrage ankommt (hier: Verteilung des Selbstbehalts in einer verbundenen Gebäudeversicherung, vgl. näher zum Streitstand unten unter III. 1. und 2.). In diesem Fall ist die GdWE berechtigt, durch Mehrheitsbeschluss zu entscheiden, welche Auffassung für die künftige Verwaltungspraxis maßgeblich sein soll. Ein solcher Beschluss entfaltet gemäß § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG, wenn er nicht nichtig ist, ohne Weiteres Wirkung und bildet für das Verwaltungshandeln die Grundlage, an die sich auch und insbesondere der Verwalter zu halten hat. Er bietet gegenüber einer Feststellungsklage (vgl. dazu Senat, Urteil vom 13.05.2016, V ZR 152/15, NZM 2016, 727 Rdnr. 23 f.) den Vorteil, dass sich die GdWE positionieren kann, ohne das Ergebnis eines unter Umständen langwierigen und aufwendigen Gerichtsverfahrens zu einer für die Verwaltungspraxis bedeutsamen Frage abwarten zu müssen.

**16 (b)** Dies bedeutet allerdings nicht, dass mit einem solchen Beschluss die Rechtslage – vergleichbar mit einem rechtskräftigen Urteil – abschließend verbindlich festgeschrieben wird. Möglich bleibt eine Beschlussmängelklage. Wird der Beschluss bestandskräftig und klärt sich später, dass die zuvor beschlossene Praxis rechtswidrig ist, weil es eine von der Praxis abweichende höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, muss ein abändernder Beschluss gefasst werden, was notfalls mit der Beschlussersetzungsklage durchgesetzt werden kann.

**17 (c)** Haben die Wohnungseigentümer aber die Kompetenz, einen entsprechenden Beschluss zu fassen, kann dieser auch – wie hier von der Klägerin erstrebt – mit einer Beschlussersetzungsklage erzwungen werden. In diesem Verfahren ist dann zu klären, ob die bisherige oder die verlangte neue Praxis rechtmäßig ist. Einen neuen Beschluss können die Wohnungseigentümer nur unter Beachtung der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung treffen (vgl. zu den Wirkungen eines Gestaltungsurteils Senat, Urteil vom 11.02.2018, V ZR 148/17, NJW-RR 2018, 522 Rdnr. 13).

**18 cc)** Nicht zutreffend ist schließlich die weitere Überlegung des Berufungsgerichts, dass der Regelungsbedarf für die Beschlussersetzungsklage deshalb nicht gegeben ist, weil der Rechtsstreit gegen das Unternehmen, das die Kupferrohrleitungen verlegt hatte, noch nicht abgeschlossen ist. Hierauf muss sich die Klägerin nicht verweisen lassen, zumal die Dauer des Verfahrens nicht absehbar ist.

**19 III.** Soweit es um den Klageantrag zu 1 geht, erweist sich die Entscheidung aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Insoweit ist die Revision zurückzuweisen. Die in der GdWE derzeit praktizierte Verteilung des Selbstbehalts bei einem Leitungswasserschaden nach Miteigentumsanteilen ist rechtmäßig, sodass die Klägerin nicht verlangen kann, dass ein ihrer Rechtsauffassung entsprechender Beschluss durch das Gericht ersetzt wird. Hierauf zielt sie mit ihrem

Antrag zu 1. Die Behandlung eines in der verbundenen Gebäudeversicherung vereinbarten Selbstbehalts ist in Rechtsprechung und Literatur allerdings umstritten.

**20 1.** Nach verbreiteter Ansicht soll ein in der verbundenen Gebäudeversicherung vereinbarter Selbstbehalt unabhängig davon, ob im Schadensfall das Gemeinschafts- oder das Sondereigentum betroffen ist, als ein Teil der von der Gemeinschaft zu tragenden Kosten anzusehen sein; da alle Wohnungseigentümer von den Prämienvorteilen aufgrund des Selbstbehalt profitierten, müssten sie auch die finanziellen Folgen im Schadensfall gemeinschaftlich tragen (vgl. LG Karlsruhe, ZWE 2019, 324 Rdnr. 37; LG Frankfurt a. M., WuM 2021, 524, 525; AG Lemgo, NZM 2018, 405 Rdnr. 9; AG Saarbrücken, ZMR 2002, 980; BeckOGK-WEG/*Karkmann*, Stand: 01.03.2020, § 21 Rdnr. 99; jurisPK-BGB/*Reichel-Scherer*, Stand: 23.09.2019, § 21 WEG Rdnr. 341; MünchKomm-BGB/*Rüscher*, 8. Aufl., § 19 WEG n. F. Rdnr. 41; Sauren/*Sauren*, WEG, 6. Aufl., § 27 Rdnr. 37; Jennißen/*Sommer/Heinemann*, WEG, § 19 Rdnr. 139; *Deckert/Blankenstein*, ETW, Stand: Oktober 2021, Gruppe 4 Stichwort „Versicherung, Selbstbeteiligung“; *Abramenko*, ZMR 2015, 827, 835; *Dötsch*, NZM 2018, 353, 366; *ders.*, ZWE 2015, 341, 348; *ders.*, ZMR 2014, 169, 175 f.). Der Verband habe daher den Selbstbehalt zu übernehmen. Dies ergebe sich, wenn die Mitversicherung des Sondereigentums vereinbart ist, bereits aus der Gemeinschaftsordnung (vgl. AG Saarbrücken, ZMR 2002, 980) und im Übrigen allgemein aus der zwischen dem Verband und den Mitgliedern bestehenden Treuepflicht (vgl. LG Karlsruhe, ZWE 2019, 324 Rdnr. 37; *Dötsch*, NZM 2018, 353, 366; *ders.*, ZMR 2014, 169, 176; ähnlich *Abramenko*, ZMR 2015, 827, 835).

**21 2.** Nach der Gegenauffassung, auf welche sich die Klägerin beruft, kommt es für die Verteilung des Selbstbehalts darauf an, ob der Schaden am Gemeinschaftseigentum oder am Sondereigentum eingetreten ist. Begründet wird diese Ansicht damit, dass die Vereinbarung eines Selbstbehalt eine bewusste Unterversicherung darstelle und zur Folge habe, dass jeder Wohnungseigentümer den bei ihm eingetretenen und nicht von der Versicherungsleistung abgedeckten Schaden selbst tragen müsse (vgl. BeckOK-WEG/*Elzer*, Stand: 01.01.2022, § 19 Rdnr. 128; *Armbrüster*, ZWE 2009, 109, 112; *ders.*, ZWE 2019, 327). Durch den Abschluss einer auch das Sondereigentum umfassenden Gebäudeversicherung werde das versicherte Risiko lediglich in dem Umfang des vereinbarten Versicherungsschutzes auf den Versicherer übertragen (vgl. *Nussbaum*, NZM 2003, 617, 620) und verbleibe im Übrigen bei den einzelnen Wohnungseigentümern, ohne dass diesen gegenüber der Pflichtenkreis der GdWE erweitert werde (vgl. OLG Köln, NZM 2003, 641, 642; Jennißen/*Jennißen*, WEG, § 16 Rdnr. 237; *Abramenko*, Handbuch WEG, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 202) oder Ansprüche gegen die GdWE begründet würden (vgl. *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 129). Werde nur das Sondereigentum beschädigt, müsse der Sondereigentümer den Selbstbehalt alleine tragen. Werden Sonder- und Gemeinschaftseigentum beschädigt, sei eine verhältnismäßige Verteilung des Selbstbehalt nach den betroffenen Schadenbereichen vorzunehmen (vgl. *Bärman/Armbrüster*, WEG, 14. Aufl. 2018, § 1 Rdnr. 253; *Bär-*

*mann/Suilmann*, WEG, § 14 Rdnr. 32; *Hügel/Elzer*, WEG, § 19 Rdnr. 130; *Grüneberg/Wicke*, 81. Aufl., § 19 WEG Rdnr. 19; *Niedenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten/Vandenhouten*, WEG, 13. Aufl. 2020, § 21 Rdnr. 130).

**22 3.** Die zuerst genannte Auffassung ist zutreffend. Tritt in einer Wohnungseigentumsanlage aufgrund einer defekten Wasserleitung ein Schaden ein, ist ein von der GdWE in der verbundenen Gebäudeversicherung vereinbarter Selbstbehalt, durch den der Versicherer einen bestimmten Teil des ansonsten versicherten Interesses nicht zu ersetzen hat, wie die Versicherungsprämie nach dem gesetzlichen bzw. vereinbarten Verteilungsschlüssel (§ 16 Abs. 2 Satz 1 WEG) zu verteilen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Leitungswasserschaden an dem Gemeinschaftseigentum oder – ausschließlich oder teilweise – an dem Sondereigentum entstanden ist.

**23 a)** Auf die Streitfrage kommt es für die Begründetheit der Beschlussersetzungsklage an. Hierfür kann offenbleiben, in welchem Umfang Wasserleitungen im Sondereigentum oder im Gemeinschaftseigentum stehen.

**24 aa)** Nach der Rechtsprechung des Senats gehören die Leitungen zu dem im Gemeinschaftseigentum stehenden Versorgungsnetz nicht nur bis zu ihrem Eintritt in den räumlichen Bereich des Sondereigentums, sondern jedenfalls bis zu der ersten für die Handhabung durch den Sondereigentümer vorgesehenen Absperrmöglichkeit (Senat, Urteil vom 09.12.2016, V ZR 124/16, WuM 2017, 224 Rdnr. 11; Urteil vom 26.10.2012, V ZR 57/12, NJW 2013, 1154 Rdnr. 20 f.). Offen gelassen hat der Senat bisher, ob die Versorgungsleitungen nach der ersten Absperrmöglichkeit – in diesem Bereich sollen die Leckagen nach dem Vortrag der Klägerin bislang entstanden sein – sondereigentumsfähig sind. Dies wird unterschiedlich beurteilt (siehe zum Streitstand BeckOGK-WEG/*Monreal*, Stand: 01.12.2021, § 5 Rdnr. 103). Auch wenn man dies verneinte, also die gesamten Leitungen als dem Gemeinschaftseigentum zugehörig ansähe (so *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 5. Aufl. 2019, § 5 Rdnr. 59 Stichwort „Leitungen“), würde sich die Frage, wie ein Selbstbehalt zu verteilen ist, nicht erledigen. Da nämlich auch in diesem Fall nicht ausschließlich Schäden am Gemeinschaftseigentum in Rede stünden, sondern ebenfalls Schäden am Sondereigentum möglich bzw. naheliegend wären (zum Beispiel Wasserschäden an Innentüren, Tapeten, Fliesen, Parkett etc.), käme es nach der von der Klägerin für richtig gehaltenen Auffassung zu einer Quotierung des Selbstbehalt. Der Sondereigentümer hätte jedenfalls anteilig den Selbstbehalt alleine zu tragen, während nach der von dem Senat für richtig gehaltenen Auffassung alle Wohnungseigentümer für den Selbstbehalt nach dem in der Gemeinschaft maßgeblichen Verteilungsschlüssel aufkommen müssten. Eine nur teilweise Auferlegung des Selbstbehalt auf den Sondereigentümer würde – als ein bloßes Weniger – von dem Rechtsschutzziel der Klägerin umfasst. Dem steht nicht entgegen, dass sie mit ihrem ersten Klageantrag den Selbstbehalt vollständig dem Sondereigentümer zuweisen möchte, weil sie erkennbar davon ausgeht, dass die Leitungen nach der ersten Absperrrichtung im Sondereigentum stehen und deshalb ein Schaden am Ge-

meinschaftseigentum nicht vorliegt. Bei einer Quotierung des Selbstbehalts würde sich der Anteil der Klägerin jedenfalls reduzieren.

**25 bb)** Durch das Inkrafttreten des WEMoG hat sich der auf den Selbstbehalt bezogene Meinungsstreit nicht erledigt. Stünden die Leitungen insgesamt im Gemeinschaftseigentum, stellte sich zwar die Frage, ob die GdWE bei einem Leitungsschaden nunmehr nach § 14 Abs. 3 WEG verschuldensunabhängig für die im Sondereigentum eingetretenen, nicht versicherten Folgeschäden Ausgleich in Geld zu leisten hätte. Während unter der Geltung des bisherigen Rechts bei faktischen Einwirkungen, die vom Gemeinschaftseigentum ausgehen, der Sondereigentümer gegen die GdWE weder einen Entschädigungsanspruch aus § 14 Nr. 4 2. Hs. WEG a. F. hatte noch einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch in entsprechender Anwendung von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB geltend machen konnte (vgl. Senat, Urteil vom 21.05.2010, V ZR 10/10, BGHZ 185, 371 Rdnr. 19 ff.), wird in Teilen der Literatur nach der Neufassung des § 14 Abs. 3 WEG ein Entschädigungsanspruch im Grundsatz für möglich gehalten (vgl. BeckOGK-WEG/*Falkner*, WEG, § 14 Rdnr. 167 f.; BeckOK-WEG/*Müller*, § 14 Rdnr. 136; MünchKomm-BGB/*Scheller*, § 14 WEG n. F. Rdnr. 46; *Dötsch/Schultzky/Zieschack*, WEG-Recht 2021, Kap. 4 Rdnr. 54; a. A. *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1374). Ob dem zu folgen ist, hält der Senat für zweifelhaft, bedarf aber keiner Entscheidung. Jedenfalls müsste die vorgelagerte Frage geklärt werden, wie der Selbstbehalt zwischen den Wohnungseigentümern zu verteilen ist.

**26 b)** Nach versicherungsrechtlichen Maßstäben stellt die Vereinbarung eines Selbstbehalts im Versicherungsvertrag, bei dem der Versicherer einen bestimmten Betrag des versicherten Schadens nicht ersetzen muss, einen Fall der bewussten Unterversicherung dar (vgl. Langheid/Wandt/*Halbach*, VVG, 2. Aufl., § 75 Rdnr. 9; Looschelders/*Pohlmann/von Koppfels-Spies*, VVG, 3. Aufl., § 75 Rdnr. 14; Prölss/*Martin/Armbrüster*, VVG, 31. Aufl., § 75 Rdnr. 9). Das könnte für eine Verteilung des Selbstbehalts allein nach Schadensbereichen und bei Schäden ausschließlich am Sondereigentum gegen eine Verteilung nach dem allgemeinen (§ 16 Abs. 2 WEG) oder einem vereinbarten Verteilungsschlüssel sprechen. Eine solche Sichtweise wird aber der Interessenlage der Wohnungseigentümer bei Abschluss einer verbundenen Gebäudeversicherung nicht hinreichend gerecht.

**27 aa)** Schließt eine Wohnungseigentümergeinschaft für das gesamte Gebäude eine Gebäudeversicherung ab, handelt es sich – mit Ausnahme von etwaigem Verbandseigentum – um eine Versicherung auf fremde Rechnung. Versicherungsnehmer ist der gemäß § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG rechtsfähige Verband, während Versicherte die einzelnen Wohnungseigentümer sind, und zwar sowohl für ihren ideellen Anteil am Gemeinschaftseigentum als auch für ihr Sondereigentum (Senat, Urteil vom 16.09.2016, V ZR 29/16, ZfIR 2016, 843 Rdnr. 6). Eine Gebäudeversicherung wird von der GdWE in der berechtigten Erwartung der Wohnungseigentümer abgeschlossen, dass ihnen die versicherten Risiken abgenommen werden. Aus Sicht der Wohnungseigentümer

schützt sie der von allen über das Hausgeld finanzierte Versicherungsvertrag im Versicherungsfall unabhängig von dem Bereich der Schadensursache vor den wirtschaftlichen Folgen der Beschädigung des Gemeinschafts- und des Sondereigentums.

**28 bb)** Eine im Versicherungsvertrag getroffene Vereinbarung eines Selbstbehalts ändert daran nichts.

**29 (1)** Die Entscheidung für einen Selbstbehalt im Versicherungsvertrag ist regelmäßig damit verbunden, dass der Verband als Versicherungsnehmer eine herabgesetzte Prämie zu zahlen hat (vgl. LG Frankfurt a. M., WuM 2021, 524, 525; Looschelders/*Pohlmann/von Koppfels-Spies*, VVG, § 75 Rdnr. 14; Staudinger/*Halm/Wendt/Schneider*, Versicherungsrecht, 2. Aufl., § 75 VVG Rdnr. 10). Das ist für die Wohnungseigentümer wegen der damit einhergehenden Verringerung des Hausgeldes wirtschaftlich sinnvoll. Grundlage der Entscheidung zugunsten eines Selbstbehalts ist dabei die Erwartung der Wohnungseigentümer, dass das durch Mehrheitsentscheidung eingegangene Risiko in Höhe des Selbstbehalts für alle vom Versicherungsumfang erfassten Sachen gemeinschaftlich getragen wird. Müsste der betroffene Wohnungseigentümer den im Versicherungsvertrag mit der GdWE vereinbarten Selbstbehalt bei Schäden an seinem Sondereigentum, für die auch die Gemeinschaft nicht einstandspflichtig ist, allein tragen, stünden ihm Versicherungsleistungen regelmäßig nicht oder nur in deutlich reduziertem Umfang zu. Er hätte damit im Schadensfall zugunsten der übrigen Wohnungseigentümer in Höhe des Selbstbehalts ein Sonderopfer zu tragen (vgl. *Abramenko*, ZMR 2015, 827, 835), das ihn im Vergleich zu dem Vorteil aufgrund der Herabsetzung der von allen getragenen Versicherungsprämie übermäßig belastete. Auf ein derartiges Risiko würde sich vernünftigerweise kein Wohnungseigentümer einlassen (vgl. AG Saarbrücken, ZMR 2002, 980; MünchKomm-BGB/*Rüscher*, § 19 WEG n. F. Rdnr. 41). Zudem blieben bei einer solchen Sichtweise die Belange der vermietenden Wohnungseigentümer unberücksichtigt, die regelmäßig den Anteil an der Versicherungsprämie gemäß § 556 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB, § 2 Nr. 13 BetrKV auf einen Mieter umlegen können (vgl. dazu BGH, Urteil vom 06.06.2018, VIII ZR 38/17, WuM 2018, 505 Rdnr. 14 f.), den Selbstbehalt hingegen nach ganz überwiegender Ansicht in voller Höhe allein tragen müssten (vgl. MünchKomm-BGB/*Zehlein*, § 2 BetrKV Rdnr. 61 m. w. N.).

**30 (2)** Soweit demgegenüber darauf abgestellt wird, der betroffene Wohnungseigentümer sei für sein Sondereigentum selbst verantwortlich und habe – nach dem Grundsatz *casum sentit dominus* – den Schaden allein zu tragen (vgl. *Armbrüster*, ZWE 2019, 327), wird nicht hinreichend berücksichtigt, dass der einzelne Wohnungseigentümer aufgrund der Versicherung des gesamten Gebäudes nicht allein über das von ihm zu tragende Risiko entscheiden und das aufgrund der Mehrheitsentscheidung hinzunehmende Risiko regelmäßig nicht anderweitig versichern kann (vgl. LG Frankfurt a. M., WuM 2021, 524, 525; *Deckert/Köhler*, ETW, Stand: September 2004, Gruppe 9 Rdnr. 59; *Dötsch*, NZM 2018, 353, 367). Eine solche Lösung führte auch zu ungerichteten und zufälligen Ergebnissen, wenn die Regelung in

dem Versicherungsvertrag einen Selbstbehalt erst ab einer bestimmten Häufung von Schadensfällen im Versicherungsjahr vorsieht (vgl. *Greiner*, NZM 2013, 481, 496; *Dötsch*, ZMR 2014, 169, 175). Zudem unterscheidet sich die Vereinbarung eines Selbstbehalts maßgeblich von anderen Fällen der Unterversicherung, in denen eine Versicherung nicht eintritt und die Fehlbeträge von den geschädigten Sondereigentümern alleine zu tragen sind. Während es nämlich bei der Vereinbarung eines Selbstbehalts bei der gebotenen typisierten Betrachtungsweise um ein für die Wohnungseigentümer überschaubares Risiko geht, widerspricht es regelmäßig den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn eine Gebäudeversicherung mit einem erkennbar unzureichenden Höchstbetrag abgeschlossen wird und infolgedessen erhebliche und nicht kalkulierbare Schäden von vornherein nicht abgedeckt sind. Dass – auch in diesem Fall – eine geringere Prämie zu zahlen ist, steht in keinem Verhältnis zu dem eingegangenen Risiko.

**31 (3)** Der (generellen) Zuordnung des Selbstbehalts zu den Gemeinschaftskosten kann die Revision auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Versicherung des gesamten Gebäudes erweitere nicht den gesetzlichen Aufgabenkreis der GdWE. Richtig ist zwar, dass die Schadensbeseitigung am Sondereigentum nicht Aufgabe der GdWE ist. Die Zuständigkeit für bauliche Maßnahmen am Sondereigentum verbleibt nämlich bei dem betroffenen Wohnungseigentümer, und die GdWE kann hierzu nur unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 WEG Beschlüsse fassen. Die rechtliche Behandlung des Selbstbehalts betrifft aber nicht die Verantwortlichkeit des Verbands für die Schadensbeseitigung, sondern die Verteilung des nach der Regulierung verbleibenden Fehlbetrags auf die Wohnungseigentümer auf der Grundlage des von der GdWE abgeschlossenen Versicherungsvertrags, der bei der verbundenen Gebäudeversicherung insgesamt in die gemeinschaftliche Verwaltung fällt (vgl. *Bärmann/Merle*, WEG, § 21 Rdnr. 134 m. w. N.). Den Selbstbehalt wie die Versicherungsprämie als Teil der Kosten der Gemeinschaft anzusehen, entspricht dabei auch einem praktischen Bedürfnis, weil Schwierigkeiten bei der Quotelung vermieden werden, wenn verschiedene Eigentumsbereiche betroffen sind (vgl. LG Frankfurt a. M., WuM 2021, 524, 525; *Greiner*, NZM 2013, 481, 496) oder die Schadensursache nicht sicher aufklärbar ist.

**32 (4)** Die Interessenlage der Wohnungseigentümer ist allerdings eine andere, wenn – wie hier – in einer schadengelegenen Wohnungseigentumsanlage nach einem Versicherungsfall die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses von dem Versicherer an die Vereinbarung eines Selbstbehaltes geknüpft wird. Dies ändert aber nichts an dem Ergebnis. Die GdWE hat den Selbstbehalt regelmäßig zur Vermeidung einer Kündigung des Versicherungsvertrags gemäß § 92 Abs. 1 VVG zu akzeptieren, da es ihr wegen der bisherigen Schäden angesichts der Anzeigepflicht des § 19 Abs. 1 VVG meist nicht möglich sein wird, bei einem anderen Versicherer eine Gebäudeversicherung (ohne Selbstbeteiligung) abzuschließen (vgl. *Nussbaum* in FS Deckert 2002, S. 291, 301). Die Vereinbarung eines Selbstbehalts kommt auch in diesem Fall allen Wohnungseigentümern zugute, da andernfalls deren Anspruch gegen die Gemeinschaft auf

angemessene Versicherung des gemeinschaftlichen Eigentums zum Neuwert (§ 19 Abs. 2 Nr. 3 WEG) nicht erfüllt werden könnte. Im Umkehrschluss sind die sich daraus ergebenden Risiken nicht von dem im Schadensfall zufällig betroffenen Wohnungseigentümer allein, sondern von der GdWE und – nach der Verteilung – grundsätzlich von allen Wohnungseigentümern zu tragen.

**33 c)** Im Ergebnis stellt daher der im Schadensfall in der verbundenen Gebäudeversicherung verbleibende Selbstbehalt bei wertender Betrachtung wie die Versicherungsprämie einen Teil der Gemeinschaftskosten gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 WEG dar. Er fällt der GdWE zur Last. Entweder beseitigt sie den Schaden und trägt die Kosten, die sie wegen des Selbstbehalts von der Versicherung nicht ersetzt bekommt, oder der betroffene Wohnungseigentümer hat Aufwendungen, die ihm die GdWE erstattet, wobei der in Höhe des Selbstbehalts nicht von der Versicherung gedeckte Schaden wiederum aus dem Gemeinschaftsvermögen entnommen werden muss. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Gemeinschafts- oder Sondereigentum beschädigt wurde und ob der Entschädigungsbetrag von der GdWE (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 16.09.2016, V ZR 29/16, ZfIR 2016, 843 Rdnr. 6) oder, sofern diese Möglichkeit nicht zulässigerweise im Versicherungsvertrag abbedungen wurde, von dem betroffenen Sondereigentümer eingezogen wird. Der Fehlbetrag, der sich in dem einen wie dem anderen Fall in Höhe des Selbstbehalts auf dem Gemeinschaftskonto ergibt, ist durch eine zu beschließende Sonderumlage oder mit der Jahresabrechnung auf alle Wohnungseigentümer nach dem allgemeinen oder einem gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG zu beschließenden Verteilungsschlüssel umzulegen (vgl. LG Karlsruhe, ZWE 2019, 324 Rdnr. 37; *Dötsch*, NZM 2018, 353, 368); ggf. ist ein Beschluss über Nachschüsse gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 WEG zu fassen.

**34 IV.** Dass hiernach die von der Klägerin für richtig gehaltene Verteilung des Selbstbehalts nicht den derzeit in der GdWE zu beachtenden Regeln entspricht, bedeutet aber lediglich, dass sie keinen Anspruch auf Ersetzung eines Beschlusses entsprechend dem von ihr formulierten Klageantrag zu 1 hat. Von ihrem Rechtsschutzziel, bei einem Leitungswasserschaden im Bereich der Wohneinheiten nicht anteilig an dem durch den Selbstbehalt entstehenden Fehlbetrag beteiligt zu werden, wird aber auch die Ersetzung eines Beschlusses erfasst, durch den der derzeit maßgebliche Verteilungsschlüssel für die Zukunft geändert wird. Dies ergibt sich aus dem von ihr formulierten und von dem Berufungsgericht ebenfalls abgewiesenen Klageantrag zu 2, der für den Fall maßgeblich sein soll, dass sich die Klägerin mit ihrer vorrangig vertretenen Rechtsauffassung nicht durchsetzen kann und dem ungeachtet des gleichen Rechtsschutzziels ein eigenständiger Streitgegenstand zugrunde liegt. Insoweit erweist sich das angegriffene Urteil nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Ob die Klägerin unter diesem Aspekt einen Anspruch auf eine entsprechende Beschlussfassung hat, lässt sich auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilen.

**35** 1. Da entsprechend den obigen Ausführungen der Selbstbehalt wertungsmäßig zu den Gemeinschaftskosten im Sinne des § 16 Abs. 2 Satz 1 WEG zu zählen ist, können die Wohnungseigentümer folgerichtig gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG eine von dem allgemeinen Umlageschlüssel abweichende Verteilung des Selbstbehalts beschließen (so zum WEG in der bis zum 30.11.2020 geltenden Fassung auch BeckOGK-WEG/*Karkmann*, § 21 Rdnr. 99; *Dötsch*, ZMR 2014, 169, 178; a. A. *Armbrüster*, ZWE 2009, 109, 112; *Abramenko*, ZMR 2015, 827, 835).

**36** 2. Dass hiernach eine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer gegeben ist, ist aber nicht gleichbedeutend mit einem Anspruch eines Wohnungseigentümers auf eine entsprechende Beschlussfassung.

**37** a) Der Anspruch eines Wohnungseigentümers auf Durchsetzung einer für ihn günstigen Kostenverteilung durch Beschluss besteht nur, wenn zugleich die Voraussetzungen vorliegen, nach denen der Abschluss oder die Änderung einer Vereinbarung gemäß § 10 Abs. 2 WEG verlangt werden kann. Der Senat hat dies zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des WEMoG entschieden (vgl. Senat, Urteil vom 15.01.2010, V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rdnr. 27; Urteil vom 09.12.2016, V ZR 84/16, WuM 2017, 170 Rdnr. 21, jeweils zu § 16 Abs. 4 Satz 1 WEG a. F.; Urteil vom 17.12.2010, V ZR 131/10, ZWE 2011, 170, 171 zu § 16 Abs. 3 WEG a. F.). Daran ist auch für das neue WEG festzuhalten.

**38** aa) Den Wohnungseigentümern ist bei Änderungen des Umlageschlüssels – wie auch nach § 16 Abs. 3 WEG a. F. (vgl. dazu Senat, Urteil vom 16.09.2011, V ZR 3/11, NZM 2012, 28 Rdnr. 8) – aufgrund des Selbstorganisationsrechts der Gemeinschaft ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Der Beschluss über eine Kostenverteilung muss, wie dies grundsätzlich in § 19 Abs. 1 WEG zum Ausdruck gebracht wird und für alle Beschlüsse der GdWE gilt, lediglich ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen (vgl. *Jennißen/Jennißen*, WEG, § 16 Rdnr. 74; *MünchKomm-BGB/Scheller*, § 16 WEG n. F. Rdnr. 44). Denn der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG aufgrund der Vielgestaltigkeit möglicher Beschlüsse über die Kostenverteilung bewusst auf besondere inhaltliche Vorgaben verzichtet (BT-Drucks. 19/18791, S. 56).

**39** bb) Der Anspruch eines Wohnungseigentümers, eine für ihn günstige Kostenverteilung durchzusetzen, besteht jedoch nicht schon dann, wenn der begehrte Verteilungsschlüssel dem Grundsatz ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Daraus folgt nicht zugleich, dass der bisherige Umlageschlüssel ordnungsmäßiger Verwaltung widerspricht. Innerhalb der Bandbreite einer ordnungsmäßigen Verwaltung sind nämlich in der Regel mehrere Kostenverteilungsschlüssel denkbar (vgl. BeckOK-WEG/*Bartholome*, § 16 Rdnr. 129).

**40** cc) Der für den Anspruch auf Abschluss oder Änderung einer Vereinbarung geltende Maßstab des § 10 Abs. 2 WEG ist auch weiterhin für den Anspruch auf eine Änderung der Kostenverteilung durch Beschluss heranzuziehen. Nach dieser Vorschrift, die § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG a. F. entspricht, kann jeder Wohnungseigentümer bei Vorliegen der näher

beschriebenen Voraussetzungen generell eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung oder die Anpassung einer Vereinbarung verlangen. Der Gesetzgeber hat durch die Schaffung des Anspruchs insbesondere die Möglichkeit einer durchsetzbaren Änderung der Kostenverteilung schaffen wollen (BT-Drucks. 16/887, S. 18 f.). Für die erzwungene Änderung der Kostenverteilung können aber keine unterschiedlichen Voraussetzungen gelten, je nachdem, ob sie für einzelne Kosten bzw. bestimmte Arten von Kosten oder generell Bestand haben soll (vgl. BeckOK-WEG/*Bartholome*, § 16 Rdnr. 132; *Hügel/Elzer*, WEG, § 16 Rdnr. 90; *Jennißen/Jennißen*, WEG, § 16 Rdnr. 271 f.; *Dötsch/Schultzky/Zschieschack*, WEG-Recht 2021, Kapitel 7 Rdnr. 87; a. A. BeckOGK-WEG/*Falkner*, § 16 Rdnr. 239).

**41** dd) Die Geltung des von § 10 Abs. 2 WEG vorgegebenen Maßstabs stellt zudem sicher, dass ein Anpassungsanspruch nur besteht, wenn eine bestimmte Eingriffsschwelle erreicht wird. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Gesetzgeber mit dem allgemeinen Kostenverteilungsschlüssel in § 16 Abs. 2 Satz 1 WEG zugunsten einer praktikablen Verwaltung eine pauschalierende und Rechtsklarheit schaffende Regelung getroffen hat, wobei Unbilligkeiten im Einzelfall hingenommen wurden (vgl. *MünchKomm-BGB/Scheller*, § 16 WEG n. F. Rdnr. 30). Geringfügige Mehrbelastungen einzelner Wohnungseigentümer hat der Gesetzgeber damit bewusst in Kauf genommen, sodass diese nicht zugleich einen Anspruch auf Anpassung begründen können. Ein auf § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG gestützter Anspruch eines Wohnungseigentümers auf Anpassung der Kostenverteilung für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten ist daher nur dann gegeben, wenn zugleich die in § 10 Abs. 2 WEG genannten Voraussetzungen vorliegen. Dies gilt auch bei der Verteilung eines in der verbundenen Gebäudeversicherung vereinbarten Selbstbehalts.

**42** b) Ob die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch der Klägerin hier bestehen, kann der Senat mangels hinreichender Feststellungen nicht beurteilen.

**43** V. Hiernach kann das Berufungsurteil, soweit der auf Beschlussersetzung gerichtete Antrag zu 2 abgewiesen worden ist, keinen Bestand haben. Es ist gemäß § 562 Abs. 1 ZPO teilweise aufzuheben. Da es im Hinblick auf diesen Antrag weiterer Feststellungen bedarf und die Sache deshalb nicht entscheidungsreif ist, ist die Sache (nur) insoweit gemäß § 563 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**44** 1. Ob schwerwiegende Gründe nach § 10 Abs. 2 WEG vorliegen, hängt von einer Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls ab (vgl. dazu Senat, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 131/10, ZWE 2011, 170, 171; Urteil vom 11.06.2010, V ZR 174/09, NJW 2010, 3296 Rdnr. 22). In die erforderliche Abwägung sind neben einer erheblichen Mehrbelastung des klagenden Eigentümers auch die Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer einzubeziehen (vgl. Senat, Urteil vom 15.01.2010, V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rdnr. 31).

**45** 2. Eine hiernach – im Vergleich zu den übrigen Eigentümern – unbillige Belastung der Klägerin könnte in Betracht kommen, wenn die Ursache für das (alleinige bzw. jedenfalls überwiegende) Auftreten der Leitungswasserschäden im Bereich der Wohneinheiten in dem Leitungsnetz selbst angelegt wäre. Dann wären die Risiken, die durch die Gebäudeversicherung abgedeckt werden sollen, unterschiedlich verteilt. Dies könnte – unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an den Leitungen – ein Ansatzpunkt für einen Anspruch auf eine Änderung des allgemeinen Kostenverteilungsschlüssels sein, soweit es um den Selbstbehalt in einem Schadensfall geht und auch die weiteren Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 WEG vorliegen. Für einen Anspruch genügte es aber nicht, wenn die Ursache bei gleicher Leitungsqualität in einem unterschiedlichen Nutzungsverhalten läge. Wie es sich hier verhält, wird von dem Berufungsgericht zu klären sein.

**46** 3. Sollte das Berufungsgericht dem Grunde nach einen Anspruch der Klägerin nach § 16 Abs. 2 Satz 2, § 10 Abs. 2 WEG auf eine von der bisherigen Praxis abweichende Verteilung des Selbstbehalts bejahen, ist es nicht darauf beschränkt, nur einen Beschluss mit dem Inhalt zu ersetzen, den die Klägerin mit ihrem Klageantrag zu 2 formuliert hat (vgl. oben Rdnr. 9). Nicht ausgeschlossen ist insbesondere, dass die Klägerin den Selbstbehalt nur mit einem geringeren Anteil als bislang zu tragen hat.

## 5. Hinreichende Bestimmtheit eines Aufteilungsplans

KG, Beschluss vom 27.09.2022, 1 W 301/22, 312-342/22

GBO §§ 13, 19

WEG § 7 Abs. 4

### LEITSATZ:

**Der bei Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentumsrechte der Bewilligung beizufügende Aufteilungsplan besteht regelmäßig aus Grundrissen der einzelnen Stockwerke sowie Schnitten und Ansichten des Gebäudes. Sind in einem Grundriss bei einzelnen Räumen keine Nummern eingezeichnet, kann sich ihre Zugehörigkeit zu einem bestimmten Sondereigentum mit der sachenrechtlich erforderlichen Bestimmtheit auch daraus ergeben, dass andere, mit diesen Räumen in Zusammenhang stehende Teile des Gebäudes – hier den nicht nummerierten Räumen vorgelagerte Fenster – entsprechend nummeriert sind und insofern auch kein Widerspruch zu der Teilungserklärung erkennbar ist.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**27** (1) Allerdings ist es zutreffend, dass die im Plan Nr. (...) eingezeichneten Räume den Vorgaben des Gesetzes widersprechen. Danach sind im Aufteilungsplan alle zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume mit der

jeweils gleichen Nummer zu kennzeichnen, § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 2. Hs. WEG. Entsprechendes war in der zum Zeitpunkt der Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsbücher geltenden Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 19.03.1974 (BAnz. Nr. 58 vom 23.03.1974) geregelt. Das Nummerierungsgebot dient der Gewährleistung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes. Damit wird sichergestellt, dass der Inhalt des jeweiligen Sondereigentums, nämlich die zu ihm gehörenden Räume, aus der Eintragung im Grundbuch und der dort zulässig in Bezug genommenen Grundlage mit der erforderlichen Eindeutigkeit hervorgeht (OLG München, DNotZ 2019, 532, 533).

**28** Dem entspricht der Grundriss des Dachgeschosses des Gartenhauses nicht. Dort sind neben dem mit der Nummer (...) bezeichneten Flur weitere Räume, einschließlich einer Dachterrasse eingezeichnet, denen keine solche Nummer beigeschrieben ist, die von den Beteiligten aber als zu ihrem Sondereigentum gehörig beansprucht werden. Das ist insbesondere bei dem Raum zu beanstanden, der neben dem mit der Nummer (...) beschriebenen Raum liegt. Dieser Raum kann ausweislich der Zeichnung von zwei Seiten betreten werden. Es ist eine Tür zu dem Raum Nummer (...) eingezeichnet als auch eine solche zu dem mit „Wohnen“ beschriebenen, auf der gegenüberliegenden Seite angrenzenden Raum, der wiederum einen Zugang zu dem mit Nummer (...) bezeichneten Flur hat. Eine Zugehörigkeit dieses Raums zu dem Wohnungseigentum Nr. (...) oder dem Teileigentum Nr. (...) kann mit Hilfe des Grundrisses nicht eindeutig bestimmt werden.

**29** Können aber einzelne Räume einem Sondereigentum nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit zugewiesen werden, hat dies zur Folge, dass jedenfalls insoweit Sondereigentum von vornherein nicht entstanden ist.

**30** (2) Hingegen kann zum Nachweis der Zugehörigkeit einzelner Räume zu einem Sondereigentum nicht nur der Grundriss herangezogen werden. Zur Bestimmung von Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums müssen sämtliche Eintragungsunterlagen ausgewertet werden. Erst wenn sich auch dann nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit bestimmen lässt, welche Räume konkret zu einem Sondereigentum gehören, ist ein solches nicht entstanden.

**31** (a) Zunächst ist zu berücksichtigen, dass ein Aufteilungsplan nicht lediglich aus Grundrissen der einzelnen Stockwerke des auf dem Grundstück erbauten Gebäudes besteht. Zu ihm gehören regelmäßig auch Schnitte und Ansichten des Gebäudes (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 2852; BeckOGK-WEG/Monreal, Stand: 12/2021, § 7 Rdnr. 54). Solche waren auch der Abgeschlossenheitsbescheinigung Nr. 62/97 beigefügt.

**32** Die Pläne Nr. (...) und (...) stellen Ansichten des Gartenhauses von vorn und hinten dar. Auf beiden Plänen sind Fenster eingezeichnet, die mit den Grundrissen der einzelnen Stockwerke korrespondieren. Jedes dieser Fenster ist im Dachgeschoss mit Nummer (...) beschrieben. Es liegt nahe anzunehmen, dass diese Nummerierungen sich nicht allein auf die Fenster, sondern insbesondere auch auf die

unmittelbar dahinter liegenden Räume beziehen. Noch deutlicher wird dies dadurch, dass die Lage der meisten Fenster über den innenliegenden, ohnehin durch Mauern von den angrenzenden Räumen abgetrennten Flur hinausgeht. Die Verbindung der mit Nummer (...) bezeichneten Fenster zu dem ebenso nummerierten Flur wird allein durch die angrenzenden Räume geschaffen.

**33** Auf der Ansicht Plan Nr. (...) ist der Seitenflügel abgebildet. Hier sind im Obergeschoss keine Fenster eingezeichnet, was mit dem Grundriss Plan Nr. (...) korrespondiert. Allerdings befindet sich auf der Ansicht Plan Nr. (...) in der zurückgebauten Gebäudeecke im Dachgeschoss die Nummer (...). Hinter dieser Ecke befindet sich der im Plan Nr. (...) an den mit Nummer (...) beschriebenen Raum angrenzende Raum. Daraus kann ohne Weiteres gefolgert werden, dass dieser Raum jedenfalls nicht zum Teileigentum Nr. (...) gehören soll. Dann aber bleibt nur noch eine Zugehörigkeit zu dem Wohnungseigentum Nr. (...) übrig, weil ein Zugang dieses Raums von sonstigem Gemeinschaftseigentum nicht möglich ist (vgl. *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 7 Rdnr. 39). Dies entspricht dann aber der Nummerierung auf der Ansicht Plan Nr. (...).

**34** (b) Weiterhin sind zur Klärung der Abgrenzungen zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum die im Eintragungsvermerk in Bezug genommenen Eintragungsbewilligungen der damaligen Eigentümer des Grundstücks heranzuziehen. Bestehen zwischen ihnen und dem Aufteilungsplan Widersprüche, ist Sondereigentum nicht entstanden, sofern nicht die Auslegung der Grundbucheintragung einen eindeutigen und widerspruchsfreien Inhalt ergibt (BGHZ 130, 159, 168).

**35** Bei der Auslegung von Grundbucheintragungen ist wegen der Zweckbestimmung des Grundbuchs, über bestehende dingliche Rechte jedem, der das Grundbuch einseht, eindeutig Aufschluss zu geben, auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; Umstände, die außerhalb dieser Urkunde liegen, dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind.

**36** Es bestehen keine durchgreifenden Widersprüche zwischen der Teilungserklärung und dem Aufteilungsplan. Die Teilungserklärung kann nicht dahin ausgelegt werden, das Wohnungseigentum Nr. (...) beschränke sich auf den im Dachgeschoss des Gartenhauses befindlichen Flur. Ein solches Verständnis verliere bereits die Zweckbestimmung dieses Sondereigentums als Wohnung aus dem Blick. Eine Wohnung ist die Summe der Räume, welche die Führung eines Haushaltes ermöglichen; dazu gehören stets eine Küche oder ein Raum mit Kochgelegenheit sowie Wasserversorgung, Abguss und WC, vgl. Nr. 4 der o. g. Verwaltungsvorschrift. Ein einzelner Flur erfüllt diese Anforderungen regelmäßig nicht. Auch der mit Nr. (...) bezeichnete Flur ist nicht entsprechend ausgestattet. Mit Küche und Bad sind nur von dem Flur abgehende Räume bezeichnet.

**37** Schließlich kann sich die in der Teilungserklärung angegebene Wohnungsgröße von 211,42 m<sup>2</sup> nicht allein auf den Flur im Dachgeschoss des Gartenhauses beziehen. Die darunter gelegenen drei Wohnungen Nr. (...) bis (...) sollen 60,90 m<sup>2</sup>, 58,30 m<sup>2</sup> und 89,60 m<sup>2</sup> groß sein. In ihrer Gesamtheit entsprechen diese Wohnungen in etwa der Fläche des Dachgeschosses – einschließlich des in der zurückgebauten, zum Seitenflügel angrenzenden Ecke befindlichen Raumes. Dann kann aber mit der Teilungserklärung nur das gesamte Dachgeschoss des Gartenhauses als Wohnungseigentum Nr. (...) bezeichnet worden sein. Zugleich steht fest, dass sich das Teileigentum Nr. (...) lediglich auf den entsprechend bezeichneten einen Raum im Seitenflügel beschränkt.

(...)

## 6. Übertragung einer Buchgrundschuld aufgrund konkludenter Zustimmung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.09.2022, 3 Wx 127/22

*BGB § 1192 Abs. 1, § 1154 Abs. 3, § 873 Abs. 1, § 185 Abs. 1  
GBO §§ 19, 29, 39 Abs. 1*

### LEITSÄTZE:

1. Die Übertragung einer Buchgrundschuld kann nur nach § 1192 Abs. 1, § 1154 Abs. 3 BGB i. V. m. § 873 Abs. 1 BGB durch deren Eintragung in das Grundbuch auf der Grundlage der Einigung mit dem bisherigen Gläubiger wirksam erfolgen.
2. Die Übertragung kann auch durch einen Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten gemäß § 185 Abs. 1 BGB erfolgen. Mit der Abtretung der Grundschuld und der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) gibt der Zedent regelmäßig zu erkennen, dass sein Rechtsnachfolger über das Grundpfandrecht frei verfügen können soll, zum Beispiel durch Aufhebung oder Weiterübertragung, und damit auch die Löschung oder Abtretung des übertragenen Rechtes beantragen können soll.
3. Von einer Einwilligung auch ohne Voreintragung des Zessionars ist grundsätzlich auszugehen, wenn der eingetragene Gläubiger des Buchgrundpfandrechts mit seiner Abtretungserklärung dem Zessionar zugleich eine Bewilligung in der Form des § 29 GBO zur Umschreibung aushändigt. Die Einwilligung deckt grundsätzlich auch Kettenabtretungen ab.
4. § 39 Abs. 1 GBO verlangt nicht, dass derjenige, der die Eintragung nach § 19 GBO bewilligt hat, im Grundbuch voreingetragen sein muss. Eingetragen sein muss der Inhaber des durch die Verfügung betroffenen Rechts, nicht jedoch derjenige, der ihn vertritt oder über dessen Recht verfügen kann.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**1** I. Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin des im Eingang des Beschlusses bezeichneten Grundstücks. In Abteilung III des Grundbuchs war unter der lfd. Nr. 18 seit dem 29.10.1996 eine brieflose Grundschuld über 1.500.000 DM (766.937,82 €) mit 15 % Jahreszinsen und einer einmaligen Nebenleistung von 12 % für die W. H. Aktiengesellschaft eingetragen. Deren Rechtsnachfolgerin ist seit dem 29.08.2003 die D P Aktiengesellschaft.

**2** Mit Schreiben vom 19.07.2021, bei Gericht eingegangen am 23.07.2021, beantragte die Beteiligte zu 2 die Eintragung einer Teilabtretung betreffend eines nachrangigen Teilbetrags der Grundschuld i. H. v. 230.000 € zzgl. Zinsen zu ihren Gunsten. In der dem Antrag beigefügten notariell beglaubigten Abtretungsurkunde vom 21.03.2019, in der die FMS durch die S GmbH (im Folgenden: S) vertreten wird und die auch eine Eintragungsbewilligung enthält, ist Bezug genommen auf einen notariellen Grundschuldabtretungsvertrag vom 04.03.2016, wonach die D P AG die Grundschuld an die FMS abgetreten und deren Eintragung als neue Gläubigerin in das Grundbuch bewilligt hat. Nach Aufforderung durch das Grundbuchamt wurde eine notariell beglaubigte Vollmachturkunde der S, der Vertreterin der FMS, vorgelegt sowie eine beglaubigte Abschrift des Grundschuldabtretungsvertrages vom 04.03.2016 nachgereicht.

**3** Am 16.08.2021 erfolgten im Grundbuch in Abteilung III zu Ziffer 18 folgende Eintragungen:

„Unter Umstellung auf € ist nebenstehendes Recht geteilt in Ziffer 18.1. 536.937,82 € vorrangiges Grundpfandrecht, Ziffer 18.2. 230.000 € nachrangiges Grundpfandrecht. Zu Ziffer 18.2. erfolgte folgende Eintragung: „230.000 € abgetreten mit den Zinsen seit dem 29.10.1996 und der Nebenleistung an die C. AG‘ (Beteiligte zu 2).“

**4** Am 24.11.2021 erfolgte in Abteilung II die Eintragung, dass die Zwangsversteigerung angeordnet sei (...).

**5** Mit Schreiben vom 07.02.2022, eingegangen bei Gericht am 09.02.2022, beantragte die Beteiligte zu 3, vertreten durch die S, die Eintragung der Abtretung der Grundschuld i. H. v. 766.937,82 € an sie. Zum Nachweis fügte sie jeweils notariell beglaubigte Abschriften der Bevollmächtigung der S sowie der Grundschuldabtretungsverträge nebst Eintragungsbewilligungen vom 04.03.2016 zwischen der D P AG und der FMS, vom 21.02.2019 zwischen der FMS und der O S GmbH sowie vom 17.01.2020 zwischen der O S GmbH und ihr bei.

**6** Mit Zwischenverfügung vom 23.02.2022 wies das Grundbuchamt die Beteiligte zu 3 auf die bereits erfolgte Abtretung der Teil-Grundschuld i. H. v. 230.000 € an die Beteiligte zu 2 hin, sowie darauf, dass die Grundschuld in der Anlage zur Abtretungsurkunde vom 04.03.2016 nicht aufgeführt sei.

**7** Daraufhin berichtigte und beschränkte die Beteiligte zu 3 mit Schreiben vom 24.03.2022, bei Gericht eingegangen am 25.03.2022, ihren Antrag auf Eintragung der Abtretung der Grundschuld auf einen Betrag i. H. v. 536.937,82 €. Bei-

gefügt war eine vervollständigte beglaubigte Abschrift des Abtretungsvertrages vom 04.03.2016. Die in Bezug genommene korrekte Abtretungserklärung in zweifacher Ausfertigung war dem Antrag nicht beigefügt. Zu Ziffer 18.1. erfolgte am 01.04.2022 folgende Eintragung:

„536.937,92 € abgetreten mit den Zinsen seit dem 29.10.1996 und der Nebenleistung an die O T GmbH in P (Beteiligte zu 3).“

**8** Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 20.05.2022 teilte die Beteiligte zu 1 mit, bei der Einsichtnahme in die Grundbuchakten seien gravierende Pflichtverletzungen offenbar geworden. Aus dem Eintragungsantrag vom 07.02.2022 sei ersichtlich, dass die Eintragungen vom 16.08.2021 rechtswidrig erfolgt seien. Den mit diesem Antrag überreichten Unterlagen sei zu entnehmen, dass die Gesamtgrundschuld bereits am 21.02.2019 von der FMS an die O S GmbH abgetreten worden sei, sodass erstere seitdem und damit auch im Zeitpunkt des Antrags vom 19.07.2021 nicht mehr Verfügungsbefugte gewesen sei. Dies hätte das Grundbuchamt vor der Eintragung am 01.04.2022 überprüfen und auf eine Klärung hinwirken müssen. Nuncmehr wies das Grundbuchamt Unrichtigkeiten auf, weshalb eine Überprüfung von Amts wegen einzuleiten sei.

**9** Mit Verfügung vom 24.05.2022 wies das Grundbuchamt dies zurück. Jeweils bei Antragstellung auf Eintragung der Abtretungen hätten bei der von ihm vorzunehmenden formellen Prüfung keine Zweifel daran bestanden, dass die Verfügungsbefugnis in der jeweiligen Höhe bzw. hinsichtlich der im Grundbuch vermerkten Abtretungen bei der FMS gelegen habe. Soweit diese eine Abtretungserklärung ohne entsprechende Berechtigung abgegeben habe, sei dies im formellen Grundbuchverfahren nicht zu prüfen gewesen. Letztlich sei von der FMS der Gesamtbetrag i. H. v. 1.500.000 DM abgetreten worden.

**10** Die Beteiligte zu 1 hat unter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 20.05.2022 die Ansicht vertreten, der Grundbuchinhalt entspreche nicht der tatsächlichen Rechtslage. Es bestehe zudem die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs durch Dritte. Daraus folge die Verpflichtung zur unmittelbaren Vornahme einer Berichtigung gemäß § 22 GBO i. V. m. § 894 BGB. Die Antragstellerin könne nicht auf ein Vorgehen nach § 894 BGB verwiesen werden, weil sich die Unrichtigkeit bereits eindeutig aus den bei dem Grundbuchamt eingereichten und den diesem weiterhin vorliegenden Verträgen ergäbe, die zu den Einträgen am 16.08.2021 sowie der weiteren Eintragung am 01.04.2022 geführt hätten. Dem Grundbuchamt hätte auffallen müssen, dass die Angabe unter Ziffer 3 des Antrags „Abschrift der Grundschuldabtretungsverträge vom 21.02.2019 zwischen FMS und O S GmbH“ nicht mit den der Eintragung vom 16.08.2021 zugrunde liegenden Unterlagen korrespondierte, weil darin die FMS als Grundschuldgläubigerin und Zedentin angegeben worden sei, obwohl diese seit dem 21.02.2019 nicht mehr Inhaberin der Grundschuld und dementsprechend auch nicht mehr Verfügungsbefugte gewesen sei. Aufgrund der fehlenden dinglichen Berechtigung habe sie daher am 21.03.2019 weder eine Aufteilung der Grundschuld vornehmen noch die neu gebildete Teil-Grundschuld über 230.000 € an die Beteiligte zu 2 ab-

treten können. Zudem entspreche auch die am 01.04.2022 vorgenommene Eintragung zu 18.1. nicht der dinglichen Rechtslage, weil eine derartige Teil-Grundsuld über 536.937,82 € nie wirksam gebildet worden sei und entsprechend als solche auch nicht den Gegenstand der Abtretung an einen Dritten habe bilden können. Die unrichtige Eintragung habe bereits die Erteilung einer Vollstreckungsklausel ermöglicht. Insbesondere wegen der Eintragung vom 01.04.2014 sei eine kurzfristige Entscheidung erforderlich, weil die überreichten Originalverträge bereits mit der Begründung zurückgefordert worden seien, dass ein Antrag auf Klauselumschreibung beabsichtigt sei.

**11** Am 27.05.2022 hat die Beteiligte zu 1, vertreten durch ihre Verfahrensbevollmächtigten, beantragt,

1. die am 16.08.2021 in der III. Abteilung des Grundbuchs zu der unter lfd. Nr. 18 eingetragenen Grundsuld vorgenommene Eintragung der Aufteilung in ein vorrangiges Grundpfandrecht i. H. v. 536.937,82 € (18.1.) und ein nachrangiges Grundpfandrecht i. H. v. 230.000 € (18.2.) zu berichtigen bzw. hilfsweise einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen;

2. die am 16.08.2021 in der III. Abteilung des Grundbuchs zu der unter lfd. Nr. 18.2. eingetragenen Grundsuld vorgenommene Eintragung der Abtretung der nachrangigen Teil-Grundsuld an die Beteiligte zu 2 zu berichtigen bzw. hilfsweise einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen;

3. die am 01.04.2022 in der Abteilung III. des Grundbuchs zu der unter der lfd. Nr. 18.1. eingetragenen Grundsuld vorgenommene Abtretung der vorrangigen Teil-Grundsuld über 536.937,82 € an die O S GmbH zu berichtigen bzw. hilfsweise einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen.

**12** Mit dem angefochtenen Beschluss hat das AG – Rechtspfleger – die Anträge und Hilfsanträge zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die jeweils zur Begründung der Eintragungsanträge vom 19.07.2021 und vom 07.02./24.03.2022 erforderlichen Nachweise der Abtretung des vorrangigen bzw. nachrangigen Teils hätten vorgelegen; es habe kein Anlass bestanden, im Zeitpunkt der Antragstellung an der jeweiligen Verfügungsbefugnis in der abgetretenen Höhe zu zweifeln. Zu dem jeweiligen Zeitpunkt der Antragstellung der Abtretungen bzw. Aufteilung des Rechts sei das Grundbuch nicht unrichtig gewesen. Im Rahmen der Eintragung einer Abtretung in das Grundbuch würden Vorabtretungen nicht einer erneuten Prüfung auf Schlüssigkeit unterzogen. Soweit sich nachträglich herausstelle, dass eine Eintragung durch einen Nichtberechtigten abgegeben worden sei, sei dieser Sachverhalt außerhalb des Grundbuchs im zivilrechtlichen Weg zu klären. Ggf. sei auf diesem Wege die Ersetzung der Bewilligung zur Änderung der Eintragung einzuholen.

**13** Die Beteiligte zu 3 hat mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 20.06.2022 die Ansicht vertreten, die Berechtigung der FMS zur Abtretung eines Teilbetrages der Grundsuld an die Beteiligte zu 2 ergebe sich aus dem zwischen ihr, der O S GmbH, und der FMS abgeschlosse-

nen „FMS Administration Arrangement („Agreement)“ vom 19.02.2019. Im Zuge der Abtretungsvereinbarung vom 21.02.2019 sei die FMS darin umfassend bevollmächtigt und ermächtigt worden, die neu gebildete Teilgrundsuld an die Beteiligte zu 2 abzutreten.

**14** Gegen den Beschluss wendet sich die Beteiligte zu 1 mit ihrer Beschwerde. Sie meint, sie habe die Unrichtigkeit des Grundbuchs i. S. d. § 22 GBO dargelegt. Diese sei durch die dem Grundbuchamt vorliegenden Dokumente auch nachgewiesen. Der Inhalt des Grundbuchs stehe in Ansehung eines dinglichen Rechts mit der wirklichen materiellen Rechtslage nicht im Einklang. Die Beteiligte zu 2 habe keine nachträgliche Teil-Grundsuld erwerben können, weil die FMS die Abtretung als Nichtberechtigte vorgenommen habe. Da die Beteiligte zu 2 gestützt auf ihr vermeintliches Recht die Zwangsversteigerung betreibe und ihr, der Beteiligten zu 1, erheblicher Schaden drohe, könne die Zulässigkeit des Antrags nicht zweifelhaft sein. Weiter sei zu beachten, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für ein Vorgehen nach § 894 BGB nicht bestehe, wenn der Unrichtigkeitsnachweis durch vorliegende Urkunden geführt werden könne.

**15** Die Beteiligte zu 3 hat unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen im Schriftsatz vom 20.06.2022 darum gebeten, der Beschwerde nicht abzuhelpfen.

**16** Mit Beschluss vom 01.08.2022 hat das AG – Rechtspfleger – der Beschwerde aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat es ergänzend ausgeführt: Es liege kein Fall der Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO bzw. der Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 GBO vor. Die Beteiligte zu 1 habe den Nachweis einer Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht geführt. Es seien nicht alle Möglichkeiten ausgeräumt worden, die der Richtigkeit der begehrten berichtigten Eintragung entgegenstehen könnten. Dies gelte auch hinsichtlich der von der Beteiligten zu 3 behaupteten Ermächtigung und Bevollmächtigung der FMS durch die O S GmbH. Auch die hilfsweise beantragte Eintragung eines Widerspruchs komme nicht in Betracht. Eine solche komme nur in Frage, wenn sich die Unrichtigkeit erst nachträglich ergebe. Zudem sei die Eintragung nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt. Das Grundbuchamt habe keine Möglichkeit, die am 20.05.2022 beantragte Entscheidung zu treffen. Soweit die Wirksamkeit der Abtretungserklärungen angezweifelt würden, sei dies ggf. im Prozesswege vor einem Zivilgericht zu klären.

**17** Die Beteiligte zu 1 hat ergänzend vorgetragen, dass bei der hier vorliegenden Buchgrundsuld eine Abtretung gegenüber Dritten nur durch Eintragung in das Grundbuch wirksam werde (§§ 1192, 1154 Abs. 3 BGB), die Zwischenabtretungen vorliegend aber nicht in das Grundbuch eingetragen worden seien. Es lägen Verstöße gegen § 39 Abs. 1 GBO vor, wonach der Betroffene jeweils voreingetragen sein müsse. Ferner sei in dem „Agreement“ nur von Verwaltung des Portfolios die Rede.

**18** Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundakten Bezug genommen.

**19 II.** Die Beschwerde ist gemäß § 11 Abs. 1 RPfIG i. V. m § 71 Abs. 1, Abs. 2 GBO statthaft. Sie richtet sich zum einen gegen die Ablehnung der Berichtigung der Eintragungen vom 16.08.2021 und 01.04.2022 gemäß § 22 GBO durch das Grundbuchamt (§ 71 Abs. 1 GBO). Zum anderen richtet sie sich gegen die Ablehnung der Eintragung von Widersprüchen hinsichtlich der erfolgten Eintragungen (§ 71 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 53 GBO). Die Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig (§§ 72 ff. GBO), hat jedoch insgesamt keinen Erfolg.

**20** Das Grundbuchamt hat zu Recht die Berichtigung der drei Eintragungen sowie die – hilfsweise beantragte – Eintragung von Widersprüchen abgelehnt.

**21 1.** Die Voraussetzungen für eine Berichtigung der Eintragungen vom 16.08.2021 und vom 01.04.2022 in Abteilung III zu Ziffer 18 nach § 22 GBO liegen nicht vor.

**22** Das Grundbuch ist unrichtig, wenn sein Inhalt in Ansehung eines Rechts an dem Grundstück nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt, § 894 BGB. Liegt – wie hier – eine Bewilligung des Betroffenen nicht vor, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO i. V. m. § 19 GBO, kann das Grundbuch nur berichtigt werden, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Antragsteller hat nicht nur darzutun, dass das Grundbuch hinsichtlich der derzeitigen Eintragung unrichtig ist; er hat vielmehr darüber hinaus alle ernsthaft in Frage kommenden Möglichkeiten auszüräumen, die der beantragten Löschung entgegenstehen könnten. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Lediglich ganz entfernt liegende, nur theoretische Überlegungen müssen nicht widerlegt werden. Soweit es nicht um bei dem Grundbuchamt offenkundig bekannte Umstände geht, ist der Nachweis der Unrichtigkeit in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, mithin durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu führen (Senat, Beschluss vom 06.09.2021, I-3 Wx 125/21, juris Rdnr. 9; OLG Hamm, Beschluss vom 05.02.2019, 15 W 297/18, juris Rdnr. 3; OLG München, Beschluss vom 12.05.2016, 34 Wx 424/15, juris Rdnr. 15; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 369).

**23 1.1.** Die Eintragungen vom 16.08.2021 sind nicht unrichtig.

**24** Die Beteiligte zu 2 ist Gläubigerin eines nachrangigen Teils der streitgegenständlichen Grundschuld i. H. v. 230.000 € zzgl. Zinsen und Nebenleistungen.

**25** Sie hat diesen Teil von der eingetragenen Berechtigten, der D P AG als Rechtsnachfolgerin der W H AG erworben.

**26** Zutreffend nimmt die Beteiligte zu 1 an, dass die Übertragung einer Buchgrundschuld nur nach §§ 1192, 1154 Abs. 3 BGB i. V. m. § 873 BGB durch deren Eintragung in das Grundbuch auf der Grundlage der (formlos möglichen) Einigung mit dem bisherigen Gläubiger wirksam erfolgen kann (BGH, Beschluss vom 15.07.2010, V ZB 107/10, Rdnr. 11; Grüneberg/Herrler, 81. Aufl. 2022, § 1154 Rdnr. 10, 13; § 1191 Rdnr. 8; vgl. KG, FGPrax 2017, 149).

**27 1.1.1.** Bisherige Gläubigerin war allein die eingetragene W H AG bzw. deren Rechtsnachfolgerin, die D P AG. Abtre-

tungsberechtigt ist der wahre, nicht in seiner Verfügungsbefugnis beschränkte Gläubiger im Zeitpunkt der Vollen- dung des Rechtserwerbs (vgl. Grüneberg/Herrler, § 1154 Rdnr. 4; § 873 Rdnr. 11). Die nicht eingetragenen „Zwischen- erwerber“ im Rahmen der Abtretungskette haben die Grundschuld nicht erworben. Denn der Erwerb einer Buch- grundschuld ohne Eintragung derselben in das Grundbuch ist ausgeschlossen (MünchKomm-BGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 1191 Rdnr. 110; BeckOGK-BGB/Kiehnle, Stand: 01.05.2022, § 1154 Rdnr. 40).

**28** Allerdings ist die Übertragung einer Buchgrundschuld auch durch einen Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten gemäß § 185 Abs. 1 BGB möglich. Eine solche Einwilligung kann auch konkludent erklärt werden.

**29** Mit der Abtretung einer Grundschuld und der Eintra- gungsbewilligung gibt der Zedent regelmäßig zu erkennen, dass sein Rechtsnachfolger über das Grundpfandrecht frei verfügen können soll, zum Beispiel durch Aufhebung oder Weiterübertragung und damit auch die Löschung oder Ab- tretung des übertragenen Rechtes beantragen können soll (Senat, Beschluss vom 17.05.2010, I-3 Wx 94/10, FGPrax 2010, 274; BeckOGK-BGB/Kiehnle, § 1154 Rdnr. 40; vgl. MünchKomm-BGB/Lieder, § 1154 Rdnr. 31).

**30** Ob die Abgabe der zur Vornahme des dinglichen Ge- schäfts erforderlichen materiellrechtlichen Erklärungen zu- sammen mit den für die Eintragung in das Grundbuch er- forderlichen Erklärungen durch den Verfügenden zugleich dessen Einwilligung zu weiteren Verfügungen durch den anderen Teil schon vor der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch enthält, ist durch Auslegung des Rechtsge- schäfts zu ermitteln. Von einer Einwilligung ist grundsätzlich auszugehen, wenn der eingetragene Gläubiger eines Buch- grundpfandrechts mit seiner Abtretungserklärung dem Zessionar zugleich eine Bewilligung in der Form des § 29 GBO zur Umschreibung aushändigt. Der Zedent gibt damit zu erkennen, dass er keine Rechte in Bezug auf das Grund- pfandrecht mehr geltend macht und das Gläubigerrecht ohne Einschränkungen auf den Zessionar überträgt, sodass kein Interesse erkennbar ist, welches der Zedent noch an den von dem Zessionar getroffenen Verfügungen über das abgetretene Grundpfandrecht haben könnte (BGH, Be- schluss vom 15.07.2010, V ZB 107/10, juris Rdnr. 15 f.; Senat, Beschluss vom 20.12.1995, 3 Wx 413/95, juris Rdnr. 5). Dies gilt auch bei einer Kette von Erwerbfern, zum Beispiel bei mehrfacher Abtretung einer Buchgrundschuld (vgl. *Dem- harter*, GBO, 32. Aufl. 2021, § 19 Rdnr. 73).

**31** So liegt der Fall hier:

**32** Die Einwilligung der eingetragenen Gläubigerin mit wei- teren Verfügungen über die streitgegenständliche Grund- schuld insgesamt durch die FMS i. S. d. § 185 Abs. 1 BGB ergibt sich aus dem Grundschuldabtretungsvertrag vom 04.03.2016 (...). Dieser enthält neben der Abtretungser- klärung eine Eintragungsbewilligung. Der Vertrag wurde öffentlich beglaubigt (§ 129 BGB; UR Nr. [...] /2016 des No- tars H aus M, [...]), sodass die Eintragungsbewilligung in der nach § 29 Abs. 1 GBO erforderlichen Form vorlag. Gründe, die gegen eine damit konkludent erteilte umfassende Verfü-



gungsbefugnis der FMS über die Grundsuld auch vor deren Eintragung in das Grundbuch sprechen, sind nicht ersichtlich und von der Beteiligten zu 1 auch nicht vorgetragen.

**33** Von dieser Verfügungsbefugnis war es gedeckt, dass die FMS die S durch Servicing Vertrag vom 19.02.2019 mit der Verwaltung („Servicing“) u. a. der streitgegenständlichen Grundsuld beauftragte und sie in diesem Zusammenhang bevollmächtigte, sie hinsichtlich der Verfügung über die Grundsuld und hinsichtlich der Abgabe und dem Vollzug von Eintragungsbewilligungen zu vertreten.

**34** Von der Verfügungsbefugnis gedeckt war es ferner, dass die Grundsuld durch die S als Vertreterin der FMS geteilt und durch Teil-Abtretungserklärung vom 21.03.2019 ein nachrangiger Teil von 230.000 € nebst auf diesen Teil entfallenden Zinsen und Nebenleistungen an die Beteiligte zu 2 abgetreten und insoweit die Eintragungsbewilligung erteilt wurde.

**35** 1.1.2. Der Vollzug dieser Abtretung durch die Eintragung der Teilung der Grundsuld sowie der Beteiligten zu 2 als neue Gläubigerin des nachrangigen Teils in das Grundbuch am 16.08.2021 war demnach insgesamt von der Einwilligung der eingetragenen Gläubigerin i. S. d. § 185 Abs. 1 BGB gedeckt.

**36** 1.1.3. Die eingetragene Gläubigerin war im Zeitpunkt der Eintragung auch noch Berechtigte hinsichtlich der Gesamtgrundsuld und auch nicht in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt. Für die dingliche Rechtslage kommt es nicht darauf an, dass die FMS zwischenzeitlich weitere Abtretungen hinsichtlich der Grundsuld erklärt hat – am 03.06.2016 an die P Holding (später aufgehoben) und am 21.02.2019 an die O S GmbH –, da diese mangels Eintragung in das Grundbuch allein schuldrechtliche Wirkung hatten und nur im Verhältnis zum jeweiligen Vertragspartner Ansprüche begründen konnten. Damit kommt es auch nicht darauf an, ob die O S GmbH ihrerseits die FMS in einem „FMS Administration Agreement“ vom 19.02.2019 mit der Weiterübertragung der Grundsuld im eigenen Namen auf ihre Rechnung ermächtigt hat.

**37** 1.1.4. Die erforderliche Einigung bestand auch bis zum Eintragungszeitpunkt fort. Es ist nicht ersichtlich und von der Beteiligten zu 1 auch weder dargelegt noch nachgewiesen, dass die von der eingetragenen Gläubigerin konkludent erteilte Einwilligung i. S. d. § 185 Abs. 1 BGB von den Zwischenabtretungen beeinträchtigt worden wäre.

**38** Damit lag eine wirksame Verfügung der (nichtberechtigten) FMS über den nachrangigen Teil der Grundsuld i. H. v. 230.000 € mit Einwilligung der berechtigten Gläubigerin vor.

**39** Die Eintragung der Beteiligten zu 2 in Abteilung III zu Ziffer 18.2. als Gläubigerin der nachrangigen Grundsuld stimmt mit der wahren Rechtslage überein.

**40** 1.2. Die Eintragung der Beteiligten zu 3 als Gläubigerin des vorrangigen Grundsuldteils i. H. v. 536.937,82 € zzgl. Zinsen und Nebenleistungen vom 01.04.2022 ist ebenfalls nicht unrichtig.

**41** Die Beteiligte zu 3 hat diesen Teil der Grundsuld von der eingetragenen Gläubigerin, der D P AG als Rechtsnachfolgerin der W H AG erworben.

**42** 1.2.1. Der Erwerb erfolgte mit deren Einwilligung i. S. d. § 185 Abs. 1 BGB durch Abtretung der nichtberechtigten O S GmbH.

**43** Diese leitete ihre Einwilligung von der FMS ab, die ihrerseits mit Grundsuldabtretungsvertrag vom 04.03.2016 vollumfänglich von der eingetragenen Gläubigerin mit der unbeschränkten Verfügung über die Grundsuld insgesamt ermächtigt worden war (siehe oben 1.1.1.).

**44** Von dieser Ermächtigung war es gedeckt, dass die FMS die Grundsuld in der „Grundsuldabtretungserklärung“ vom 21.02.2019 (...) ihrerseits insgesamt an die O S GmbH abtrat (Ziffer 2.1.) und dieser eine entsprechende Eintragungsbewilligung erteilte (Ziffer 3).

**45** Da die Abtretungserklärung vom 21.02.2019 nebst Eintragungsbewilligung mit Urkunde Nr. (...)/2019/R des Notars Dr. R aus M öffentlich beglaubigt wurde und somit der Form des § 29 GBO genügte, enthielt diese wiederum die (Unter-)Ermächtigung der FMS an die O S GmbH, ihrerseits unbeschränkt über die Grundsuld zu verfügen.

**46** Dies erfolgte sodann mit der Grundsuldabtretungserklärung vom 17.01.2020, in der die O S GmbH, vertreten durch den von ihr insoweit bevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. P W die in der Anlage 2 aufgeführte streitgegenständliche Grundsuld insgesamt an die Beteiligte zu 3 abtrat (Ziffer 2.1.) und deren Eintragung als neue Gläubigerin in das Grundbuch bewilligte (Ziffer 3.).

**47** 1.2.2. Eingetragen in das Grundbuch wurde aufgrund des Antrags der S vom 24.03.2022 am 01.04.2022 sodann die Beteiligte zu 3 als Gläubigerin (nur) des vorrangigen Grundsuldteils i. H. v. 536.937,82 €.

**48** Damit blieb die Eintragung hinter der Grundsuldabtretungserklärung vom 17.01.2020 zurück, wonach die in der Anlage 2 aufgeführte Grundsuld in voller Höhe (1.500.000 €) übertragen werden sollte. Dies ist jedoch unschädlich.

**49** Zwar muss grundsätzlich die Eintragung inhaltlich mit der Einigung übereinstimmen (Grüneberg/Herrler, § 873 Rdnr. 12). Eine Eintragung ist unrichtig und ggf. nach § 22 GBO zu berichtigen, wenn das eingetragene Recht mangels Übereinstimmung der Buchung mit der dinglichen Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB nicht entstanden und auch nicht nach § 892 Abs. 1 BGB erworben worden ist. Dass die Eintragung hinter der dinglichen Einigung zurückgeblieben ist, muss aber nicht die Unrichtigkeit des Eingetragenen herbeigeführt haben, weil das Recht jedenfalls in dem eingetragenen Umfang gewollt und damit entstanden sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 15.02.1985, V ZR 131/83, juris Rdnr. 19). Anderes ist zugunsten der Beteiligten zu 1 nicht anzunehmen, weil die Beweisregel des § 139 BGB, nach der die Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts zur Folge hat, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre, im Grundbuchberichtigungsver-

fahren nach § 22 GBO nicht gilt. Selbst bei Anwendung des § 139 BGB wäre davon auszugehen, dass die Einigung über ein weitergehendes Recht in der Regel den Willen der Beteiligten über das Entstehen wenigstens des Teilrechts umfasst (BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, juris Rdnr. 25; vom 06.11.2014, V ZB 131/13, juris Rdnr. 26; Staudinger/C. Heinze, Neub. 2018, § 873 Rdnr. 196). So verhält es sich auch hier: Für den Ausnahmefall von § 139 2. Hs. BGB kommt es dabei auf den Willen an, den die O S GmbH und die Beteiligte zu 3 im Zeitpunkt der Abtretungserklärung – hypothetisch – gehabt hätten, wenn sie damals mit der Nichteintragung eines Teiles der gewollten Vereinbarung gerechnet hätten (vgl. BGH, Urteil vom 15.02.1985, V ZR 131/83, juris Rdnr. 19). Da es sich in der Abtretungserklärung vom 17.01.2020 um eine Sammelabtretung zahlreicher in Anlagen im Einzelnen aufgeführter Grundpfandrechte handelt, ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien im Zweifel sämtliche in den Anlagen aufgeführten Grundpfandrechte im weitestmöglichen Umfang übertragen wollten. Für etwas anderes ist jedenfalls nichts ersichtlich und von der Beteiligten zu 1 auch weder vorgetragen noch gemäß § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen.

**50** 1.2.3. Bezüglich des vorrangigen Grundbuchteils i. H. v. 536.937,82 € war die eingetragene Gläubigerin im Zeitpunkt der Eintragung vom 01.04.2022 auch Berechtigte, da hinsichtlich dieses Teils zu diesem Zeitpunkt noch keine dinglich wirksame Verfügung erfolgt war.

**51** 1.2.4. Die Einigung im Zeitpunkt der Eintragung bestand fort. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Einwilligung der eingetragenen Gläubigerin (§ 185 Abs. 1 BGB) nicht mehr gegeben war.

**52** Damit stimmt auch die Eintragung der Beteiligten zu 3 in Abteilung III zu Ziffer 18.1. als Gläubigerin des vorrangigen Grundschuldteils im Grundbuch mit der wahren Rechtslage überein.

**53** 2. Zu Recht hat das AG auch die hilfsweise beantragte Eintragung von Widersprüchen abgelehnt. Dies würde gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraussetzen, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hätte, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist.

**54** Wie oben ausgeführt, liegt eine Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht vor, sodass es nicht darauf ankommt, ob das Grundbuchamt die Eintragungen unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat.

**55** Da die Beteiligte zu 1 dies ausdrücklich rügt, sei dennoch bemerkt, dass ein Verstoß gegen den Voreintragungsgrundsatz nicht vorliegt: § 39 Abs. 1 GBO verlangt nicht, dass derjenige, der die Eintragung nach § 19 GBO bewilligt hat, im Grundbuch voreingetragen sein muss. Eingetragen sein muss der Inhaber des durch die Verfügung betroffenen Rechts, nicht jedoch derjenige, der ihn vertritt oder über dessen Recht verfügen kann (BGH, Beschluss vom 15.07.2010, V ZB 107/10, juris Rdnr. 22).

(...)

## 7. Keine Vertretungsbefugnis des Verwalters für Eintragung einer Grunddienstbarkeit

OLG München, Beschluss vom 05.08.2022, 34 Wx 301/22

BGB § 747

GBO § 19

WEG §§ 9a, 9b, 18

### LEITSATZ:

**Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht gemäß § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG befugt, die Eintragung einer Grunddienstbarkeit an dem gemeinschaftlichen Eigentum zu bewilligen.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Beteiligten begehren die Eintragung einer Dienstbarkeit.

**2** Im Wohnungsgrundbuch sind die Beteiligten zu 1-12 als Eigentümer von Grundbesitz eingetragen. Verwalterin der Wohnungseigentümergeinschaft ist die D M GmbH. Mit notarieller Urkunde vom 24.05.2022 wurde zugunsten der Beteiligten zu 13 eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an dem Grundstück bestellt. „Der Eigentümer“ bewilligte auch die Eintragung in das Grundbuch. Unterzeichnet ist die Urkunde durch einen Vertreter der D M GmbH. Mit Schreiben vom selben Tag beantragte der Urkundsnotar im Namen der Beteiligten den Vollzug.

**3** Das Grundbuchamt erließ am 09.06.2022 eine Zwischenverfügung, mit der sie u. a. das Fehlen der Genehmigung sämtlicher in den betreffenden Wohnungseigentumsblättern eingetragenen Eigentümer beanstandete.

**4** Mit Schreiben vom 27.06.2022 hat der Urkundsnotar insoweit Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eingelegt und dabei auf einen entgegenstehenden Beschluss des OLG Nürnberg vom 12.07.2021 verwiesen.

**5** Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 05.07.2022 nicht abgeholfen. Auf die Anmerkung von *Wilsch* zum Beschluss des OLG Nürnberg in FGPrax 2021, 203 werde Bezug genommen. Der Verwalter könne lediglich die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer i. S. d. §§ 9a, 9b WEG, nicht aber die einzelnen Wohnungseigentümer als Bruchteilseigentümer des Grundstücks vertreten. Er könne hierzu rechtsgeschäftlich ermächtigt werden oder die einzelnen Eigentümer könnten seine Erklärung genehmigen. Beides liege nicht vor.

**6** II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

**7** 1. Die Beschwerde ist zulässig.

**8** a) Sie ist insbesondere gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Entscheidungen des Grundbuchamts im Sinne dieser Bestimmung sind auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2021, 197; Senat vom 11.04.2011, 34 Wx 160/11 = FGPrax 2011, 173; OLG Hamm, FGPrax 2010, 177; Bauer/Schaub/Budde, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 6; BeckOK-GBO/Kramer, Stand: 01.06.2022, § 71 Rdnr. 68; Demharter, GBO, 32. Aufl.,



§ 71 Rdnr. 1; Meikel/*Schmidt-Räntsch*, GBO, 11. Aufl., § 71 Rdnr. 18).

**9 b)** Die Beschwerde konnte durch den Urkundsnotar erhoben werden. Nachdem er gemäß § 15 Abs. 2 GBO bereits für die Beteiligten die Eintragung beantragt hatte, gilt er auch als ermächtigt, gegen die darauf ergangene Zwischenverfügung für sie Beschwerde einzulegen (Bauer/*Schaub/Wilke*, GBO, § 15 Rdnr. 30; BeckOK-GBO/*Kramer*, § 71 Rdnr. 226; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 74; Meikel/*Böttcher*, GBO, § 15 Rdnr. 36; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 189).

**10 2.** Das Rechtsmittel bleibt allerdings in der Sache ohne Erfolg.

**11 a)** Formelle Einwände gegen die Zwischenverfügung bestehen nicht. Zwar darf grundsätzlich eine solche nicht ergehen, soweit die Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen nicht erklärt ist (BGH, FGPrax 2014, 192; Bay-ObLGZ 1990, 6, 8; *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 12; Meikel/*Böttcher*, GBO, § 18 Rdnr. 36). Es ist jedoch anerkannt, dass im Falle der Abgabe der Bewilligung durch einen Nichtberechtigten das Fehlen der Bewilligung des Berechtigten analog § 185 BGB durch dessen Genehmigung rückwirkend geheilt werden kann (BGH, FGPrax 2010, 223, 224; Bay-ObLGZ 1970, 254, 256; BeckOK-GBO/*Holzer*, § 19 Rdnr. 79; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 72; Meikel/*Böttcher*, GBO, § 18 Rdnr. 91; im Ergebnis ebenso Bauer/*Schaub/Wilke*, GBO, § 18 Rdnr. 16). Angesichts dessen bestehen keine durchgreifenden Bedenken, den nach Auffassung des Grundbuchamts bestehenden Mangel in der Vertretungsmacht des Verwalters durch Genehmigung der Bruchteilseigentümer zu beheben (vgl. OLG Nürnberg, FGPrax 2021, 203; *Wilsch*, FGPrax 2021, 203/204).

**12 b)** Auch inhaltlich ist die Zwischenverfügung nicht zu beanstanden. Mit Recht verlangt das Grundbuchamt die Genehmigung sämtlicher in den betreffenden Wohnungseigentumsblättern eingetragenen Eigentümer.

**13** Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Hier soll die Dienstbarkeit an den Miteigentumsanteilen der Beteiligten zu 1-12 eingetragen werden. Folglich bedarf es deren Bewilligungen. Diese liegen aber nicht vor. Die Bewilligung des Verwalters reicht nicht aus.

**14** Zwar wird gemäß § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG die Wohnungseigentümergeinschaft durch den Verwalter gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Hieraus hat das OLG Nürnberg den Schluss gezogen, der Verwalter könne auch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit an dem gemeinschaftlichen Grundstück in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft bewilligen (OLG Nürnberg, FGPrax 2021, 203). Diese Auffassung ist in der Literatur jedoch auf einhellige Ablehnung gestoßen. Der Senat schließt sich dem an.

**15** Die Wohnungseigentümergeinschaft i. S. v. § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG ist ein vollrechtsfähiger Verband, der eigene Rechte und Pflichten sowie unter Umständen eigenes Vermögen hat und nach § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG durch den Ver-

walter vertreten wird. Gemäß § 9a Abs. 2 WEG übt die Wohnungseigentümergeinschaft die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern, und nimmt die entsprechenden Pflichten der Wohnungseigentümer wahr. Von der Wohnungseigentümergeinschaft zu unterscheiden ist – auch nach der Neufassung des WEG – die Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer i. S. v. § 1 Abs. 5 WEG, §§ 741 ff. BGB (*Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 9a Rdnr. 18; MünchKomm-BGB/*Burgmair*, 8. Aufl., § 9a WEG Rdnr. 4; *Wilsch*, FGPrax 2021, 203, 204). Aufgabe der Wohnungseigentümergeinschaft ist die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 18 Abs. 1 WEG (BeckOGK-WEG/*Falkner*, Stand: 01.06.2022, § 9a Rdnr. 104; *Wobst*, ZWE 2022, 45). Dieses selbst verbleibt im Bruchteilseigentum der einzelnen Wohnungseigentümer (NK-BGB/*Heinemann*, 5. Aufl., § 9a WEG Rdnr. 5). Die Vertretungsmacht des Verwalters erstreckt sich nach dem eindeutigen Wortlaut des § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG nur auf die Wohnungseigentümergeinschaft. Eine Vertretung der Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer durch den Verwalter ist in der Neufassung des WEG nicht mehr vorgesehen (BeckOGK-WEG/*Greiner*, § 9b Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Burgmair*, § 9b WEG Rdnr. 1; NK-BGB/*Heinemann*, § 9b WEG Rdnr. 1; *Forschner*, RpfL 2022, 67 f.; *Meier*, MittBayNot 2022, 147, 148; *Wobst*, ZWE 2022, 45).

**16** Gegenstand der Belastung durch eine Grunddienstbarkeit, deren Inhalt das gemeinschaftliche Eigentum betrifft, ist das Grundstück als Ganzes. Die Belastung stellt eine Verfügung über dieses i. S. v. § 747 BGB dar, keine Verwaltungsmaßnahme nach § 18 Abs. 1 WEG (*Forschner*, RpfL 2022, 67, 68). Die diesbezügliche Bewilligungsberechtigung i. S. v. § 19 GBO kommt daher allein den Wohnungseigentümern als Bruchteilseigentümern zu (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2948; *Koch*, RNotZ 2022, 71, 72; *Wobst*, ZWE 2022, 45), nicht dem Verwalter als Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft. Es liegt auch keine Ausübung sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebender Rechte sowie solcher Rechte der Wohnungseigentümer vor, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern, nach § 9a Abs. 2 WEG. Der Wohnungseigentümergeinschaft ist nur die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zugewiesen, nicht aber die Entscheidung über das sachenrechtliche Grundverhältnis. Gegenstand der Ausübungsbefugnis sind folglich nur die Rechte, die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergeben, nicht aber die Verfügung über dieses (BeckOGK-WEG/*Falkner*, § 9a Rdnr. 147; *Hügel/Elzer*, GBO, § 9a Rdnr. 107; *Koch*, RNotZ 2022, 71/72; *Wobst*, ZWE 2022, 45).

**17** Somit ist der Verwalter nicht gemäß § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG befugt, die begehrte Eintragung der Grunddienstbarkeit an dem verfahrensgegenständlichen Grundstück zu bewilligen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass in der Teilungserklärung eine entsprechende Öffnungsklausel enthalten wäre oder durch Rechtsgeschäft die erforderliche Vollmacht erteilt worden wäre. Es hat deshalb dabei sein

Bewenden, dass die Genehmigung sämtlicher Wohnungseigentümer vorzulegen ist.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar und Priv.-Doz. Dr. **Patrick Meier**,  
Bischofsheim i. d. Rhön/Würzburg

In der vorstehenden Entscheidung beschäftigt sich das OLG München mit der Frage, ob der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft nach § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG dazu befugt ist, auch die Belastung des aufgeteilten Grundstücks zu bewilligen. Im mitgeteilten Sachverhalt handelte es sich im Speziellen um eine Belastung in Form der Grunddienstbarkeit. Mit der ganz herrschenden Meinung in der Literatur<sup>1</sup> verneint der Senat diese Frage auch unter der Geltung des reformierten WEG. Die Problematik ist wegen eines vorangegangenen Beschlusses des OLG Nürnberg<sup>2</sup> virulent geworden, in dem die Möglichkeit des WEG-Verwalters zu derartigen Handlungen bejaht wurde. Die Auffassung des OLG Nürnberg ist allerdings auf einhellige Ablehnung in der Literatur getroffen,<sup>3</sup> da sie daran leidet, dass der Senat verkennt, dass es sich bei der Belastung des aufgeteilten Grundstücks nicht um eine Aufgabe der Gemeinschaft, sondern um eine solche der Eigentümer handelt, weil das betroffene Grundstück weiterhin in deren Miteigentum steht, sodass der Verwalter über keine Möglichkeit verfügt, Belastungen über das Grundstück vorzunehmen.<sup>4</sup> Infolgedessen sind Maßnahmen im Rahmen des sachenrechtlichen Grundverhältnisses weiterhin ausschließlich den Eigentümern vorbehalten, ohne dass der Verwalter eigene Handlungsbefugnisse hätte.

Diesen Rechtszustand stellt das OLG München mit erfreulicher Klarheit fest und lehnt infolgedessen auch die zulässig erhobene Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts ab. Im mitgeteilten Sachverhalt hatte wie in der Entscheidung des OLG Nürnberg der Verwalter die diesbezügliche Bewilligung erklärt, ohne aber hierzu von den Eigentümern in der Form des § 29 GBO bevollmächtigt worden zu sein. Das OLG München betont die eingangs dargestellten Grundsätze und wider-

spricht daher dem OLG Nürnberg,<sup>5</sup> was nachdrücklich zu begrüßen ist.<sup>6</sup> Der Senat schafft damit trotz der nunmehr divergierenden Entscheidungen Rechtssicherheit, da er deutlich macht, dass die in der Literatur geäußerte Kritik zutrifft, und tritt einer Verfestigung der Auffassung des OLG Nürnberg damit entgegen. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht allein auf § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GBO, weil infolge der Divergenz zwischen den beiden Oberlandesgerichten eine Entscheidung des BGH zur Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung gefordert ist.<sup>7</sup> In der Sache ist aber angesichts der eindeutigen Rechtslage nicht mit einer Abweichung des BGH von der Auffassung des OLG München zu rechnen.

Lediglich an einer Stelle in der Begründung scheint die Argumentation des Senats nicht überzeugend. In seinen nicht tragenden Erwägungen deutet das OLG München an, dass eine entsprechende Befugnis des Verwalters zur Grundstücksbelastung durch eine sog. „Öffnungsklausel“ geschaffen werden könnte.<sup>8</sup> Mittels einer solchen Regelung kann beispielsweise eine Änderung der Gemeinschaftsordnung, die grundsätzlich der Einstimmigkeit bedürfte, durch einen Mehrheitsbeschluss der Versammlung der Wohnungseigentümer getroffen werden.<sup>9</sup> Um eine derartige Wirkung zu entfalten, muss es sich allerdings um eine Angelegenheit der Gemeinschaft handeln. Soweit die Eigentümer persönlich betroffen sind, insbesondere das sachenrechtliche Grundverhältnis berührt wird, können die entsprechenden Inhalte nicht in der Gemeinschaftsordnung einer Regelung zugeführt werden, weil diese nur das Innenverhältnis der Gemeinschaft normiert, nicht aber auch die originären Rechte und Pflichten der Eigentümer selbst betrifft.<sup>10</sup> Wird gleichwohl eine diesbezügliche Bestimmung in der Gemeinschaftsordnung verankert, so bindet sie zwar die ursprünglichen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft, die an der erstmaligen Begründung der Gemeinschaftsordnung beteiligt sind, da zwischen ihnen eine entsprechende Vereinbarung vorliegt. Sobald allerdings eine Sonderrechtsnachfolge auftritt, ist das so eingetretene Mitglied der Gemeinschaft hieran nicht mehr gebunden.<sup>11</sup> Infolgedessen kann eine Befugnis zur Belastung des Grundstücks nicht wirksam durch die Gemeinschaftsordnung begründet werden. In der Sache würde es sich bei einer solchen Vereinbarung um eine Vollmacht für den Verwalter handeln, die mithin nur die Eigentümer bindet, die sie abge-

1 *Drasdo*, NJW-Spezial 2022, 642; *Forschner*, Rpfleger 2022, 66, 68 f.; BeckOGK-BGB/*Greiner*, Stand: 01.03.2023, § 9b WEG Rdnr. 3; BeckOK-BGB/*Hügel*, Stand: 01.02.2023, § 9a WEG Rdnr. 12; *Koch*, RNotZ 2022, 71, 72; BeckOK-WEG/*Leidner*, Stand: 01.01.2023, § 9b Rdnr. 24; *Meier*, MittBayNot 2022, 147; *Rapp*, DNotZ 2022, 625, 627 ff.; *Wilsch*, FGPrax 2021, 203, 204; *Wobst*, ZWE 2022, 45.

2 MittBayNot 2022, 145.

3 *Forschner*, Rpfleger 2022, 66, 68 f.; BeckOGK-BGB/*Greiner*, § 9b WEG Rdnr. 3; *Koch*, RNotZ 2022, 71, 72; BeckOK-WEG/*Leidner*, § 9b Rdnr. 24; *Meier*, MittBayNot 2022, 147; *Rapp*, DNotZ 2022, 625, 627 ff.; *Wilsch*, FGPrax 2021, 203, 204; *Wobst*, ZWE 2022, 45.

4 Siehe dazu ausführlich bereits *Meier*, MittBayNot 2022, 147 ff.

5 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

6 So auch *Bub/Pramataroff*, FD-MietR 2022, 451183; *Drasdo*, NJW-Spezial 2022, 642; BeckOK-WEG/*Leidner*, § 9b Rdnr. 24.

7 Dazu auch Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung.

8 Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.

9 MünchKomm-BGB/*Burgmair*, 8. Aufl. 2021, § 10 WEG Rdnr. 41; BeckOGK-BGB/*Falkner*, Stand: 01.06.2022, § 10 WEG Rdnr. 135.

10 BGH, Urteil vom 04.04.2003, V ZR 322/02, DNotZ 2003, 536, 537 f.

11 BGH, Urteil vom 04.04.2003, V ZR 322/02, DNotZ 2003, 536, 538.

geben haben. Ein Sonderrechtsnachfolger wäre an diese Vollmacht auch dann nicht gebunden, wenn er, wie in notariellen Verträgen üblich, seinen Eintritt in die Gemeinschaftsordnung erklärt, da die Vollmacht gerade nicht Bestandteil der Gemeinschaftsordnung ist. Nur soweit er ausdrücklich die entsprechende Vollmacht erneut erklärt, bestünde sie auch ihm gegenüber. Ein Recht für den Verwalter bestünde mithin nur, wenn ausschließlich die ursprünglich an der Gemeinschaftsordnung Beteiligten die alleinigen Eigentümer des Grundstücks sind oder etwaige Sonderrechtsnachfolger selbst die Vollmacht abgegeben haben.

Praktisch bleibt damit festzuhalten, dass für die Belastung des aufgeteilten Grundstücks oder für die Aufgabe einer Belastung, die zugunsten des aufgeteilten Grundstücks bestellt worden ist, stets die Mitwirkung sämtlicher Eigentümer des Grundstücks erforderlich ist.<sup>12</sup> Der Verwalter kann nur handeln, wenn er durch die Eigentümer hierzu bevollmächtigt wurde,<sup>13</sup> wobei wegen § 29 GBO dies in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werden muss. Eine Übertragung auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und eine Beschlussfassung hierüber wäre nur möglich, wenn die Gemeinschaft entsprechend bevollmächtigt würde, was allerdings wegen des Bezugs zum sachenrechtlichen Grundverhältnis nicht mit Wirkung gegen Sonderrechtsnachfolger in der Gemeinschaftsordnung geschehen kann.

12 *Drasdo*, NJW-Spezial 2022, 642; *Forschner*, Rpfleger 2022, 66, 69; *BeckOGK-BGB/Greiner*, § 9b WEG Rdnr. 3; *BeckOK-BGB/Hügel*, § 9a WEG Rdnr. 12; *Koch*, RNotZ 2022, 71, 72; *BeckOK-WEG/Leidner*, § 9b Rdnr. 24; *Meier*, MittBayNot 2022, 147; *Rapp*, DNotZ 2022, 625, 627 ff.; *Wilsch*, FGPrax 2021, 203, 204; *Wobst*, ZWE 2022, 45.

13 So auch Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.

## 8. Notwendige Auflistung aller Gesellschafternamen einer GbR zur Eigentumsumschreibung

KG, Beschluss vom 07.10.2021, 1 W 343/21, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB §§ 873, 925

GBO §§ 20, 47, 53

ZPO § 894

### LEITSATZ:

Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen und zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstück rechtskräftig verurteilt worden, erfordert der Nachweis der Auflassung gegenüber dem Grundbuchamt eine mit den Eintragungen im Grundbuch übereinstimmende Bezeichnung der Gesellschaft im Urteil. Daran fehlt es, wenn in einem Urteilsrubrum nicht alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter aufgeführt worden sind.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 war, soweit hier von Interesse, ursprünglich als Eigentümer des im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundstücks (im Folgenden: Grundstück) im Grundbuch eingetragen.

2 Am 15.06.2006 gründete er mit seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 2 zur UR-Nr. (...) des Notars (...) eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts – „Gxx 9 Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts“. Die Beteiligten zu 1 und 2 vereinbarten die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück als Einlage des Beteiligten zu 1 in die Gesellschaft und erklärten dementsprechend die Auflassung auf sich „als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes“.

3 Zugleich bewilligte der Beteiligte zu 1 zur UR-Nr. (...) desselben Notars für sich die Eintragung der Belastung des Eigentums an dem Grundstück mit einem Wohnungsrecht in dem Grundbuch. Der Beteiligte zu 1 bestimmte u. a., dass die Ausübung des Wohnungsrechts dritten Personen nicht überlassen werden könne.

4 Am 01.09.2006 wurde die Beteiligte zu 3 unter Bezeichnung der Beteiligten zu 1 und 2 „als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ an Stelle des Beteiligten zu 1 in Abt. I lfd. Nr. 2 im Grundbuch eingetragen. Zugleich buchte das Grundbuchamt in Abt. II lfd. Nr. 12 zugunsten des Beteiligten zu 1 das von ihm bewilligte Wohnungsrecht.

5 Über das Vermögen des Beteiligten zu 1 wurde am 02.06.2009 durch das AG Charlottenburg (...) das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beteiligte zu 4 als Insolvenzverwalter bestellt. Am 07.04.2011 wurde in Abt. II lfd. Nr. 13 des Grundbuchs hierzu ein Insolvenzvermerk eingetragen.

6 Am 16.09.2014 verurteilte das LG Berlin – 16 O. 356/13 – die „Gxx 9 Verwaltungsgesellschaft bR“ vertreten durch die Beteiligte zu 2 sowie die Beteiligte zu 2 persönlich, „die Rückübertragung und Rückauflassung des [Grundstücks] an den Insolvenzschuldner zu erklären und die Berichtigung der Eintragung im Grundbuch zu dulden“. Die Berufung der Beklagten blieb vor dem KG weitgehend erfolglos – Urteil vom 14.03.2017, 14 U 175/14.

7 Der Beteiligte zu 4 erklärte am 21.06.2021 unter Bezugnahme auf die Urteile des LG Berlin und des KG zur UR-Nr. (...) des Notars (...) die Auflassung des Grundstücks auf den Beteiligten zu 1, bewilligte die Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 12 eingetragenen Wohnungsrechts und beantragte die Eintragung eines Insolvenzvermerks im Grundbuch. Der Urkundsnotar beantragte am 22.06.2021 unter Beifügung einer Ausfertigung seiner UR-Nr. (...) sowie vollstreckbarer Ausfertigungen der Urteile des LG und des KG den Vollzug im Grundbuch. Dem kam das Grundbuchamt am 19.08.2021 durch Eintragung des Beteiligten zu 1 an Stelle der Beteiligten zu 3 in Abt. I lfd. Nr. 3, der Löschung der Belastung Abt. II lfd. Nr. 12 sowie der Eintragung eines weiteren Insolvenzvermerks in Abt. II lfd. Nr. 14 nach. Unter dem 06.09.2021 haben die Beteiligten zu 2, 5 und 6 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten Beschwerde gegen die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer in Abt. I des Grundbuchs

erhoben und insofern die Eintragung eines Amtswiderspruchs beantragt. Die Beteiligten zu 5 und 6 seien der zunächst aus den Beteiligten zu 1 und 2 bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafter beigetreten. Derselbe Verfahrensbevollmächtigte hat mit Schriftsatz vom 06.09.2021 im Namen des Beteiligten zu 1 gegen die Löschung des Wohnungsrechts ebenfalls mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs Beschwerde erhoben.

**8** Das Grundbuchamt hat beiden Beschwerden mit Beschlüssen vom 09.09.2021 nicht abgeholfen.

II. (...)

**10 2.** Die mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs erhobene Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO.

(...)

**14 3.** Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Grundbuchamt hat es im Ergebnis zu Recht abgelehnt, in Bezug auf die Eintragung des Beteiligten zu 1 in Abt. I des Grundbuchs einen Amtswiderspruch einzutragen.

**15** Ein Amtswiderspruch ist einzutragen, wenn sich ergibt, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO. Während die Gesetzesverletzung feststehen muss, ist es ausreichend, wenn die durch die Eintragung eingetretene Grundbuchunrichtigkeit glaubhaft gemacht worden ist (*Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 28; *Meikel/Schneider*, GBO, 12. Aufl., § 53 Rdnr. 112 f.). Zumindest an Letzterem fehlt es hier.

**16 a)** Allerdings sind die Bedenken der Beschwerde hinsichtlich des beim Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch von dem Grundbuchamt durchgeführten Verfahrens nicht unberechtigt.

**17** Die Umschreibung des Eigentums an einem Grundstück durch Löschung des bisherigen und Eintragung des neuen Eigentümers erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie derjenige, dessen Recht betroffen ist, bewilligt, § 19 GBO, und im Fall der Auflassung die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachgewiesen ist, § 20 GBO. Die Einigung muss gegenüber dem Grundbuchamt so nachgewiesen werden, wie sie sachenrechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig ist (*Demharter*, GBO, § 20 Rdnr. 13). Fehlt der erforderliche Nachweis, verletzt das Grundbuchamt gesetzliche Vorschriften, wenn es die begehrte Eintragung im Grundbuch dennoch vornimmt (*Meikel/Böttcher*, GBO, § 20 Rdnr. 5).

**18 aa)** Der Senat hat bereits entschieden, dass der Nachweis der Auflassung dann zu führen ist, wenn der Insolvenzverwalter eine Verfügung des Schuldners wirksam angefochten hat. Die Anfechtung hat keine dingliche Wirkung, sondern löst nur einen schuldrechtlichen Anspruch des Insolvenzverwalters gegen den Anfechtungsgegner aus, das anfechtbar Erworbenes zur Insolvenzmasse zurückzu-

gewähren. Hat der Schuldner ein Grundstück anfechtbar übertragen, erfolgt die Rückgewähr durch Einigung mit dem Anfechtungsgegner über den Eigentumsübergang auf den Schuldner und dessen Eintragung im Grundbuch, § 873 Abs. 1 BGB (Senat, Beschluss vom 26.04.2012, 1 W 96/12, ZIP 2012, 1722, 1223).

**19 bb)** Die Auflassung muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle, in der Regel einem Notar, § 20 Abs. 2 BNotO, erklärt werden, § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Beteiligten müssen die Erklärungen nicht selbst abgeben, sondern können sich dabei auch vertreten lassen, was bei Gesellschaften zwingend ist, da sie selbst nicht handlungsfähig sind. Dann ist gegenüber dem Grundbuchamt aber die Identität der Gesellschaft mit der im Grundbuch eingetragenen und die Vertretungsmacht der für sie handelnden Personen – in einer für das Grundbuchverfahren tauglichen Form – nachzuweisen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das identitätsstiftende Merkmal einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht die gewählte Bezeichnung der Gesellschaft als Verband ist, sondern die Nennung ihrer im Grundbuch aufgeführten Gesellschafter gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO (BGHZ 187, 344, 347; DNotZ 2016, 368, 369).

**20 cc)** Bei der rechtskräftigen Verurteilung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Auflassung eines Grundstücks gilt letztlich nichts anderes. Zwar gilt die zur Auflassung erforderliche Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, § 894 Satz 1 ZPO. Gleichwohl muss der andere Teil seinerseits die zur Auflassung erforderliche Erklärung vor dem Notar beurkunden lassen (Senat, a. a. O.). Die Anwesenheit des verurteilten Teils wird dann durch die Vorlage des Urteils bei dem Notar fingiert.

**21** Gegenüber dem Grundbuchamt bleibt aber der Nachweis der Identität der zur Abgabe der Erklärung rechtskräftig verurteilten Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft erforderlich. Dieser Nachweis ist – nur – geführt, wenn der Titel die Gesellschafter so ausweist, wie sie im Grundbuch gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO eingetragen sind.

**22** Hier stimmt die Bezeichnung der im Grundbuch vormals eingetragenen Gesellschaft nicht mit der aus den Urteilen des LG Berlin und des KG überein. In beiden Urteilen fehlen Angaben zu dem Beteiligten zu 1 als Gesellschafter der zur Abgabe der Auflassungserklärung verurteilten Gesellschaft bürgerlichen Rechts, während er neben der Beteiligten zu 2 im Grundbuch aufgeführt worden war.

**23 b)** Die Beteiligten zu 2, 5 und 6 haben aber nicht glaubhaft gemacht, dass das Grundbuch durch die Umschreibung des Eigentums von der Beteiligten zu 3 auf den Beteiligten zu 1 unrichtig geworden ist. Hierfür liegen auch ansonsten keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. Vielmehr spricht der Inhalt der Grundakten eher für die Richtigkeit des Grundbuchs.

**24** § 20 GBO ist lediglich eine Ordnungsvorschrift. Wird sie nicht beachtet oder unrichtig angewandt, führt allein der Verstoß hiergegen noch nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs, wenn die für die Rechtsänderung erforderli-



chen materiellrechtlichen Voraussetzungen, §§ 873, 925 BGB, vorgelegen haben (*Demharter*, GBO, § 20, Rdnr. 3; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 20, Rdnr. 5). Die Anforderungen des § 47 Abs. 2 GBO gelten im Erkenntnisverfahren vor den Zivilgerichten nicht (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 4286). Dort genügt zur ausreichenden Identifizierung der Gesellschaft die Angabe ihres Namens, ihres Sitzes und ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter, § 253 Abs. 2 Nr. 1, § 130 Nr. 1 ZPO (*Zöller/Althammer*, ZPO, 33. Aufl., § 50 Rdnr. 17). Dem entspricht die Bezeichnung der Beklagten in den Urteilen des LG und des KG.

**25** Dafür, dass es sich bei der dortigen Beklagten um die vormals im Grundbuch eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt, spricht die von den Beteiligten zu 1 und 2 in dem Gesellschaftsvertrag vom 15.06.2006 – UR-Nr. (...) des Notars (...) bestimmte Bezeichnung, die identisch mit jener aus den beiden Urteilen ist. Daran ändern auch die verwendeten Endungen – „bürgerlichen Rechts“ und „bR“ – nichts. Beide bezeichnen offensichtlich dieselbe Rechtsform. Letztlich haben die Beteiligten zu 2, 5 und 6 die Identität der Beklagten mit der vormals im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft auch nicht in Zweifel gezogen.

**26** Für die erforderliche Einigung über den Eigentumsübergang an dem Grundstück sprechen dann die Verurteilung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die darauf beurkundeten Erklärungen des Beteiligten zu 4 vom 21.06.2021 zur UR-Nr. (...) des Notars (...). Der Eigentumsübergang wurde schließlich mit den entsprechenden Eintragungen im Grundbuch vollzogen.

(...)

## Bürgerliches Recht

### FAMILIENRECHT

#### 9. Notwendigkeit eines Ergänzungspflegers im Erbscheinsverfahren

OLG Brandenburg, Beschluss vom 19.10.2022, 13 WF 53/22 (Vorinstanz: AG Nauen, Beschluss vom 11.01.2022, 24 F 1034/21)

*BGB §§ 1629 a. F. (§ 1629 n. F.), 1795 a. F. (§ 1824 n. F.), 1796 a. F. (§ 1789 Abs. 2 Satz 3, 4 n. F.), 1909 a. F. (§ 1809 n. F.)*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Der alleinsorgeberechtigte längerlebende Elternteil, der nach Tod der Kindsmutter beansprucht, Alleinerbe zu sein, ist bei der Beantragung eines Erbscheins von der gesetzlichen Vertretung seiner Tochter nicht schon kraft Gesetzes ausgeschlossen. Die Beantragung eines Erbscheins ist kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 1795 Abs. 1 BGB. Auch aus § 181 BGB ergibt sich kein Ausschlussgrund, denn ein Inschlaggeschäft im Sinne dieser Vorschrift steht im Rahmen des Erbscheinsverfahrens nicht im Raum. (Leitsatz der Schriftleitung)**

- 2. Jedoch ist die Vertretungsmacht für das Erbscheinsverfahren nach § 1629 Abs. 2 Satz 3 1. Hs., § 1796 BGB zu entziehen, falls das Interesse des Kindes zu demjenigen des Sorgeberechtigten in erheblichem Gegensatz steht. Ein Interessengegensatz besteht, wenn die unterschiedlichen Belange, Nutzen oder Vorteile der beiden Interessenträger ein rechtsgeschäftliches Verhalten in gegensätzlichem Sinne beeinflussen können, wenn also die Förderung des einen Interesses nur auf Kosten des anderen möglich ist, wobei eine objektive Beurteilung zu erfolgen hat. Verlangt der überlebende Elternteil im Erbscheinsverfahren die Feststellung seiner Alleinerbenstellung, ist er gehindert, eine etwa hiervon abweichende, den Belangen der Tochter ggf. objektiv besser gerecht werdende Feststellung zu erstreben. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Der Beschwerdeführer ist der sorgeberechtigte Vater der betroffenen 14-jährigen J K. Die Ehefrau des Beschwerdeführers und Mutter der betroffenen Jugendlichen, Frau P E K, ist am (...) 2021 verstorben. Am 05.10. hat der Beschwerdeführer die Erteilung eines Erbscheins nach seiner verstorbenen Frau beantragt, der seine Alleinerbenstellung ausweisen soll. Das Nachlassgericht hat die Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Vertretung der Minderjährigen J im Erbscheinsverfahren angeregt.

**2** Vor dem Ableben der P E K hatten die Eheleute K ein achtseitiges Testament errichtet, welches wechselseitige Einsetzung des Letztversterbenden zum alleinigen Vollerben sowie umfangreiche Vermächtnisanordnungen, Testamentsvollstreckeranweisungen und weitere Anordnungen enthält.

**3** Das AG – Rechtspflegerin – hat dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben, sich schriftlich zu äußern und durch den angefochtenen Beschluss für die betroffene Jugendliche eine Ergänzungspflegschaft für das Erbscheinsverfahren, das in der Beschlussformel offenbar versehentlich als „Erbschaftsverfahren“ bezeichnet ist, angeordnet und den Beteiligten zu 2 als Ergänzungspfleger ausgewählt.

**4** Mit seiner hiergegen gerichteten Beschwerde erstrebt der Beschwerdeführer die Aufhebung der Ergänzungspflegschaft und macht geltend, die Voraussetzungen für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft nach § 1909 BGB seien nicht erfüllt. Weder sei er gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 BGB von der Vertretung ausgeschlossen noch liege ein Fall des § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 Abs. 2 BGB vor. Ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Vater und Tochter bestehe im Erbscheinsverfahren nicht.

**5** Der Senat hat die Sache auf die Berichterstatterin als Einzelrichterin übertragen, die den Beschwerdeführer und die betroffene Jugendliche persönlich angehört hat. Der Beteiligte zu 2 hat sich schriftlich geäußert.

**6 II.** Die gemäß § 11 Abs. 1 RPfIG, §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde des Beschwerdeführers ist unbegründet. Das AG hat im Ergebnis zu Recht Ergänzungspflegschaft an-

geordnet, weil die Voraussetzungen hierfür nach § 1909 Abs. 1 Satz 1, § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 Abs. 2 Alt. 1 BGB vorliegen.

**7** Nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält, wer unter elterlicher Sorge steht, für Angelegenheiten, an denen die Eltern verhindert sind, einen Pfleger. Die Eltern müssen an der Besorgung von einzelnen Angelegenheiten für das Kind tatsächlich oder rechtlich verhindert sein (MünchKomm-BGB/Schwab, 7. Aufl., § 1909 Rdnr. 11).

**8** 1. Eine Verhinderung des Beschwerdeführers ergibt sich nicht aus § 1629 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 1795 BGB. Der Beschwerdeführer ist von der gesetzlichen Vertretung seiner Tochter nicht schon kraft Gesetzes ausgeschlossen. Ein Ausschlussgrund nach den genannten Vorschriften liegt nicht vor. Die Beantragung eines Erbscheins ist kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 1795 Abs. 1 BGB.

**9** Ein Ausschlussgrund ergibt sich auch nicht aus § 181 BGB, denn ein Inschlaggeschäft im Sinne dieser Vorschrift steht im Rahmen des Erbscheinsverfahrens nicht im Raum.

**10** 2. Dem Beschwerdeführer als dem gemäß § 1680 Abs. 1 BGB allein Sorgeberechtigten ist die Vertretungsmacht für das Erbscheinsverfahren nach § 1629 Abs. 2 Satz 3 1. Hs., § 1796 BGB zu entziehen. Nach diesen Vorschriften kann das Familiengericht den Sorgeberechtigten die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen. Nach Abs. 2 Alt. 1 der Vorschrift soll es dies nur dann tun, wenn das Interesse des Kindes zu dem Interesse des Sorgeberechtigten in erheblichem Gegensatz steht.

**11** Diese Voraussetzung ist hier zu bejahen. Ein Interessengegensatz besteht, wenn die unterschiedlichen Belange, Nutzen oder Vorteile der beiden Interessenträger ein rechtsgeschäftliches Verhalten in gegensätzlichem Sinne beeinflussen können, wenn also die Förderung des einen Interesses nur auf Kosten des anderen möglich ist, wobei eine objektive Beurteilung zu erfolgen hat (vgl. Heilmann/Fink, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, 2. Aufl. 2020, § 1629 BGB Rdnr. 24; OLG Köln, FamRZ 2001, 430). Der Interessengegensatz muss im Verfahren konkret feststehen; die bloße Möglichkeit oder Vermutung des Interessengegensatzes genügt nicht (jurisPK-BGB/Lafontaine/Herberger, Stand: 18.07.2022, § 1796 Rdnr. 11).

**12** Ein Interessengegensatz liegt hier vor. Der Beschwerdeführer will im Erbscheinsverfahren seine Alleinerbenstellung feststellen lassen. Dieses Interesse steht der Geltendmachung eines möglichen Interesses seiner Tochter an der Feststellung eines anderen als des vom Vater verfolgten Verfahrensziels im Erbscheinsverfahren entgegen.

**13** Dem betroffenen Kind und seinem Bruder ist nach dem Testament ein Vermächtnis im Wert von 800.000 € zugewandt. Die Abgrenzung zwischen Vermächtnisnehmer- und Erbenstellung erfolgt nach den zu § 2087 BGB entwickelten Grundsätzen (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, Einl. zum Erbrecht Rdnr. 246). Die Regelungen im Testament sind auslegungsbedürftig. Es könnte ein anderes Ergebnis als die vom Beschwerdeführer bean-

tragte Feststellung von dessen Alleinerbenstellung unter Berücksichtigung beider Kinder der Erblasserin und des Beschwerdeführers in Betracht zu ziehen sein. Dieses Verständnis teilt der Vater nicht. Er vertritt die Auffassung, seine Kinder seien nicht neben ihm zu Miterben berufen. Hieraus folgt der objektive Gegensatz zwischen seinem Interesse und demjenigen des betroffenen Kindes. Er kann sein eigenes Interesse an der Feststellung seiner Alleinerbenstellung denknötwendig nur auf Kosten eines möglichen hiervon abweichenden Interesses seiner Tochter an der Feststellung etwa einer (Mit-)Erbenstellung fördern (vgl. jurisPK-BGB, § 1796 Rdnr. 17; Staudinger/Veit, Neub. 2020, § 1796 Rdnr. 67).

**14** Mit der Bejahung eines objektiven Interessengegensatzes ist nicht der Vorwurf an den Elternteil verbunden, er verfolge nicht subjektiv das Wohl seines Kindes.

**15** Einem Sorgeberechtigten ist die Vertretungsmacht nur insoweit zu entziehen, als der Interessengegensatz erheblich ist. Erheblich ist ein Interessengegensatz dann, wenn er eine genügende Berücksichtigung der Interessen des Kindes durch den vertretenden Elternteil nicht erwarten lässt (OLG Frankfurt a. M., JAmt 2013, 667, 668; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 839, 840; BayObLG, FamRZ 2004, 906, 907; BeckOK-BGB/Veit, Stand: 01.05.2022, § 1629 Rdnr. 66).

**16** Dies ist bezogen auf das hier in Rede stehende Erbscheinsverfahren zu bejahen. Denn der Beschwerdeführer ist naturgemäß gehindert im Erbscheinsverfahren zugleich die Feststellung seiner Alleinerbenstellung und eine etwa hiervon abweichende Feststellung, den Belangen der Tochter ggf. objektiv besser gerecht werdende Feststellung zu erstreben. Ob das Testament in dem Sinne auszulegen sein wird, in dem es der Beschwerdeführer versteht oder anders, bleibt dem Ergebnis des Erbscheinsverfahrens vorbehalten. Die ausführliche Verteidigung seines Verständnisses des gemeinschaftlichen Testaments durch den Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren, ist jedenfalls gerade nicht geeignet, Zweifel am Vorliegen eines Interessengegensatzes hervorzurufen. Der Prognose, er könnte mögliche von seinem Antrag im Erbscheinsverfahren abweichende Interessen seiner Tochter in Betracht ziehen oder gar im Erbscheinsverfahren zur Geltung bringen, steht sie entgegen.

**17** Liegen – wie hier – die Voraussetzungen der § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 Abs. 2 BGB vor, so hat das Familiengericht die Vertretungsmacht insoweit zu entziehen und einen Ergänzungspfleger zu bestellen (vgl. Staudinger/Veit, § 1796 Rdnr. 46; jurisPK-BGB, § 1796 Rdnr. 34).

**18** Die Entscheidung ist auch verhältnismäßig, weil ein milderes Mittel zur Gewährleistung der Interessenwahrung der Minderjährigen im Erbscheinsverfahren nicht ersichtlich ist. Soweit der Beschwerdeführer argumentiert, die Bestellung eines Ergänzungspflegers würde den Familienfrieden stören, ist dem entgegenzuhalten, dass die objektive und unabhängige Prüfung der Interessen der minderjährigen Betroffenen durch einen Unbeteiligten und ggf. ihre Geltendmachung im Erbscheinsverfahren eine mindestens ebenso hohe Eignung verspricht, dem Familienfrieden langfristig zu



dienen wie der Verzicht auf eine umfassende unabhängige (rechtliche) Prüfung der kindlichen Interessen insoweit.

**19** An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass das Erbscheinsverfahren vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägt ist und die Auslegung des Testaments letztlich Sache des Nachlassgerichts sein wird (OLG Nürnberg, NJW-RR 2022, 1016). Die Beherrschung des Verfahrens durch den Amtsermittlungsgrundsatz reduziert nicht die Bedeutung der Anhörung der am Verfahren (kann-)beteiligten Jugendlichen (§ 345 Abs. 1 FamFG, vgl. Bl. 17). Auch in einem solchen Verfahren kann sowohl durch Mitteilung von außerhalb des Testaments liegenden Umständen als auch argumentativ auf die zu treffende Entscheidung Einfluss genommen werden und das Interesse gefördert werden (vgl. OLG Köln, a. a. O.). Gerade diesem Zweck dienen die Vorschriften über die Gewährung rechtlichen Gehörs (vgl. § 345 Abs. 1 Satz 2, § 7 Abs. 4, § 37 Abs. 2 FamFG). Der verfassungsrechtlich in Art. 103 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz rechtlichen Gehörs bezweckt – gerade auch im Amtsverfahren – den Betroffenen nicht im Status eines bloßen Objekts des Verfahrens zu belassen, sondern ihn vor Entscheidungen, die seine Rechte betreffen, zu Wort kommen zu lassen, damit er Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen kann (vgl. BVerfG, NJW 1993, 2229). Er gebietet den Gerichten überdies das Beteiligtenvorbringen zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (BVerfG, BeckRS 2019, 16042 m. w. N.), damit den Beteiligten die effektive Möglichkeit gegeben wird, die Willensbildung des Gerichts zu beeinflussen. In diesem Zusammenhang besteht zunächst ein Recht der Beteiligten darauf, von allen entscheidungserheblichen Grundlagen Kenntnis zu erlangen (MünchKomm-FamFG/*Ulrici*, 3. Aufl. 2018, § 37 Rdnr. 20). Dies gilt gerade auch für minderjährige und nicht verfahrensfähige Personen, die auf die Wahrnehmung ihrer Interessen durch gesetzliche Vertreter angewiesen sind.

**20** Der entgegenstehende Wille der betroffenen Jugendlichen steht der Entscheidung vorliegend nicht entgegen. Auf ihre Neigungen und Bindungen kommt es in dem Verfahren, in dem es, anders als der Beschwerdeführer meint (...), nicht um eine Entziehung des Sorgerechts geht (jurisPK-BGB, § 1796 Rdnr. 46), sondern ausschließlich um ihre Vertretung im Erbscheinsverfahren, und damit einen Vermögensbelang, nicht entscheidend an (vgl. hierzu *Peschel-Gutzeit*, NZFam 2014, 433). Der Ergänzungspfleger darf die Jugendliche auch nicht, wie der Beschwerdeführer offenbar annimmt, „gegen ihre Interessen“ vertreten. Zweck seiner Einsetzung ist es gerade, ihre – objektiv zu beurteilenden – Interessen zu ermitteln und im Verfahren zur Geltung zu bringen und sie persönlich aus möglichen sich aus dem Erbscheinsverfahren ergebenden familiären Meinungsverschiedenheiten herauszuhalten.

**21** Zudem hat die Jugendliche Vorstellungen im Hinblick auf Umfang und Wirkung der Ergänzungspflegschaft geäußert, die keinerlei Grundlage in Realität und Rechtslage finden. Insoweit wäre es Aufgabe des sorgeberechtigten Beschwerdeführers, der Jugendlichen ihre unbegründeten Ängste vor dem Verlust der ihr zustehenden Werte durch den Ergänzungspfleger zu nehmen.

**22** Das AG hat auch zu Recht geprüft, ob die Mitwirkung eines Rechtskundigen erforderlich ist und diese Frage bejaht.

**23** Tatsächlich klarzustellen ist, dass die Pflegerbestellung für die Vertretung im Erbscheinsverfahren erfolgt. Mit der Beschwerdeentscheidung geht das Beschwerdegericht im vorliegenden amtswegig zu führenden Verfahren nicht über die angefochtene Entscheidung im Sinne einer Schlechterstellung des Beschwerdeführers hinaus. Die Anordnung der Ergänzungspflegschaft geht mit dem Fehlen der Vertretungsmacht im entsprechenden Umfang notwendig einher. Die Tatsache, dass das AG als Grundlage der Anordnung einen Ausschluss der Vertretungsmacht kraft Gesetzes angenommen hatte, während richtig ein Entziehensgrund gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 BGB festzustellen ist, stellt den Beschwerdeführer nicht schlechter als die angefochtene Entscheidung über die Anordnung der Ergänzungspflegschaft.

(...)

## 10. Verhältnismäßigkeit der Sorgerechtsentziehung für Erbscheinerteilungsverfahren

OLG Nürnberg, Beschluss vom 20.06.2022, 7 WF 434/22 (Vorinstanz: AG Nürnberg, Beschluss vom 30.03.2022, 154 F 379/22)

*BGB § 1629 Abs. 2 a. F. (§ 1629 Abs. 2 n. F.), §§ 1667 a. F. (§ 1667 n. F.), 1796 a. F. (§ 1789 Abs. 2 Satz 3, Satz 4 n. F.), 2353*

### LEITSATZ:

**Ein Sorgerechtsentzug für ein Erbscheinerteilungsverfahren muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Er ist nicht erforderlich, wenn zu erwarten ist, dass die Eltern im Interesse des Kindes handeln, und ihr Einfluss auf die Entscheidung gering ist.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Bestellung eines Ergänzungspflegers für ihr Kind anlässlich eines Erbscheinerteilungsverfahrens.

**2** Die Beschwerdeführer sind die Eltern des am (...) 2004 geborenen Kindes T(...) T(...). Die Mutter ist nach dem Testament ihrer am (...) 2021 verstorbenen Mutter, Frau K(...) W(...), deren Haupterbin. Daneben sollen ihre Tochter T(...) und ihre weitere Tochter S(...), die Enkeltöchter der Erblasserin, je nach Wert des hinterlassenen Gesamtvermögens Wertpapiere im Wert von 200.000 € und ggf. weitere 75.000 € erben.

**3** Auf Hinweis des Nachlassgerichts auf eine eventuelle Interessenkollision der Erben ist mit Beschluss des Familiengerichts vom (...) wegen der Kollision der Interessen der Mutter mit derer ihrer minderjährigen Tochter beiden Eltern

für das Erbscheinserteilungsverfahren vor dem AG Nürnberg die Vertretungsmacht entzogen, Ergänzungspflegschaft angeordnet und eine Rechtsanwältin als Pflegerin ausgewählt worden. Je nach Auslegung des Testaments könne sich eine unterschiedliche Höhe der Zuwendung an das Kind und damit an die Mutter ergeben. Die Entziehung der Vertretungsmacht nur der Mutter sei nicht sinnvoll, da davon auszugehen sei, dass sich bei einer Vertretung nur durch den Vater aufgrund des Näheverhältnisses zur Mutter der Interessengegensatz fortsetzen würde. Er müsste sich dann ggf. zugunsten seiner Ehefrau oder seiner Tochter aussprechen. Bei der Bestellung der Großeltern als Ergänzungspfleger würde sich diese Interessenkollision entsprechend fortsetzen. Kostengesichtspunkte hätten bei der Auswahl des Ergänzungspflegers in den Hintergrund zu treten, da die Neutralität der Ergänzungspflegerin hier höher zu werten sei.

**4** Gegen diesen, den Eltern jeweils am (...) zugestellten Beschluss wenden sich die Eltern mit ihrer am (...) beim AG eingegangenen Beschwerde.

**5** Sie erklären, dafür Verständnis zu haben, dass ein Interessenkonflikt und eine Benachteiligung des betroffenen Kindes verhindert werden solle. Sie sind jedoch der Ansicht, dass sie selbst für die Aufteilung des Erbes die für die Enkelinnen T(...) und S(...) günstigste Auslegung vornehmen wollen. Eine Ergänzungspflegschaft sei einfach nicht nötig, zumal diese Pflegschaft bezahlt werden müsse.

**6** II. Die Beschwerde ist gemäß §§ 58 ff. FamFG i. V. m. § 11 Abs. 1 RPfLG zulässig. Sie führt zur Aufhebung des Beschlusses.

**7** I. Die Entziehung der Vertretungsmacht der Eltern und die Bestellung eines Ergänzungspflegers richten sich nach § 1629 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 1796 Abs. 2 BGB. Demnach soll einem Elternteil das Sorgerecht nur entzogen werden, wenn das Interesse des Kindes zum Interesse des Elternteils als gesetzlichem Vertreter in erheblichem Gegensatz steht (BGH, FamRZ 2008, 1156 Rdnr. 14). Das AG hat hierzu zu Recht ausgeführt, dass sich je nach Auslegung des Testaments eine unterschiedliche Höhe der Zuwendung an das Kind und damit an die Mutter ergeben kann. Der Senat sieht das Vorliegen des Gegensatzes der Interessen von Mutter und Kind im Sinne von § 1796 Abs. 2 BGB, da die Höhen des jeweiligen Erbanteils voneinander abhängig sind.

**8** Ein erheblicher Interessengegensatz ist gegeben, wenn das eine Interesse nur auf Kosten des anderen Interesses durchgesetzt werden kann und die Gefahr besteht, dass die sorgeberechtigten Eltern das Kindesinteresse nicht genügend berücksichtigen können. Derartige Interessengegensätze dürfen nicht allgemein vermutet werden, sondern müssen jeweils im Verfahren konkret festgestellt werden. § 1796 BGB setzt – anders als § 1795 BGB – einen sich aus

dem Einzelfall ergebenden Interessenwiderstreit voraus. Das Familiengericht muss die Frage einer Entziehung der Vertretung für jeden Elternteil gesondert prüfen und die Entziehung auf einen Elternteil beschränken, wenn in der Person des anderen Elternteils kein Grund für eine Entziehung gegeben ist (vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2019, 1246 Rdnr. 18 m. w. N.). Eine entsprechende Prüfung hat das Familiengericht vorgenommen.

**9** 2. Die Vertretung des Kindes kann den sorgeberechtigten Eltern aber nur dann und nur insoweit entzogen werden, als ein erheblicher Interessengegensatz besteht und wenn zusätzlich nicht zu erwarten ist, dass die Eltern trotz des Interessengegensatzes im Interesse des Kindes handeln (vgl. OLG Brandenburg, FamRZ 2011, 1305; Grüneberg/Götz, 81. Aufl., § 1629 Rdnr. 15).

**10** Bei allen Eingriffen in das Elternrecht ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strikt zu wahren, sodass von einer Entziehung der Vertretungsmacht abzusehen ist, wenn trotz des konkret festgestellten Interessenwiderstreits zu erwarten ist, dass die Sorgerechtsinhaber dennoch im Interesse ihres Kindes handeln werden. Bei der Entscheidung des Familiengerichts über die Entziehung ist auch der Gesichtspunkt des Familienfriedens zu berücksichtigen (vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 51 m. w. N.).

**11** Angesichts der Ausführungen der Beschwerdeführer erwartet der Senat ein am Kindeswohl orientiertes Verhalten der Eltern im Erbscheinserteilungsverfahren.

**12** 3. Hinzu kommen weitere Erwägungen im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerade im vorliegenden Verfahren. Anders als in Fällen, in denen von den Sorgerechtsinhabern über eine Erbausschlagung (vgl. OLG Brandenburg, FamRZ 2011, 1305) oder über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts (vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 51) entschieden werden sollte, ist die Auslegung des Testaments nicht Sache der Erben, sondern des Nachlassgerichts. Die anstehende und vorzunehmende Anhörung der Erben ist zweifelsohne ein wichtiger Verfahrensbestandteil eines Nachlassverfahrens (vgl. BVerfG, FamRZ 2000, 731). Das ändert jedoch nichts daran, dass die Auslegung, also die Feststellung des rechtlich geltenden Inhalts einer Verfügung von Todes wegen, eine richterliche Tätigkeit im Bereich der Rechtsanwendung darstellt. Dies gilt schon für die einfache (erläuternde) Auslegung, erst recht für die ergänzende Auslegung und die Umdeutung (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. § 2084 Rdnr. 166). Den Einfluss des Ergebnisses der Anhörung der Eltern und des Kindes angesichts der in Kopie vorliegenden letztwilligen Verfügung (...) schätzt der Senat vergleichsweise gering ein.

(...)



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

## Bürgerliches Recht

### ERBRECHT

#### 11. Aufschiebend bedingte Erbteilsübertragung an einen Miterben unter Auflösung der Erbengemeinschaft

OLG München, Beschluss vom 08.08.2022, 34 Wx 154/22  
(Vorinstanz: AG Passau, Beschluss vom 30.03.2022, HF-710-9 AG)

BGB §§ 158, 159, 161, 2032  
GBV § 10

#### LEITSATZ:

**Die Miterbengemeinschaft ist bei Anteilserwerb durch einen Miterben beendet. Die wirksam beendete Erbengemeinschaft kann nicht wiederaufleben oder neu begründet werden, auch nicht zum Zwecke der Rückabwicklung gescheiterter Verpflichtungsgeschäfte. Dies gilt auch im Falle der Vereinbarung der Erbanteilsübertragung unter einer auflösenden Bedingung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Gegenstand des Verfahrens ist die von den Beteiligten beantragte Eintragung einer Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch.

2 Im Grundbuch war X S als Eigentümer von Grundbesitz eingetragen. Dieser verstarb am 28.01.2021 und wurde gemäß Erbschein vom 05.07.2021 von den drei Beteiligten zu je  $\frac{1}{3}$  beerbt.

3 Mit notariell beurkundetem Erbteilskauf vom 27.01.2022 veräußerten die Beteiligten zu 2 und 3 ihre Erbteile an die Beteiligte zu 1. Ziffer III. und IV. der notariellen Urkunde lauten auszugsweise wie folgt:

„III. Abtretung/Grundbucheklärungen

##### 1. Auflösend bedingte Abtretung

Jeder Veräußerer tritt seinen in Ziffer I. bezeichneten Erbteil an den Erwerber ab.

Die Abtretung steht unter der auflösenden Bedingung, dass ein Veräußerer wegen Zahlungsverzugs des Erwerbers zurücktritt.

Der Erwerber nimmt diese Erbteilsabtretungen an.

##### 2. Grundbuchantrag

Die Vertragsteile beantragen, den Erwerber wegen der Erbfolge und der Abtretungen gemäß Ziffer 1. als Alleineigentümer sowie zugleich die auflösende Bedingung gemäß Ziffer 1. als Verfügungsbeschränkung zugunsten jedes der beiden Veräußerer in das Grundbuch einzutragen. Jeder Veräußerer bewilligt und beantragt die Löschung dieser Verfügungsbeschränkung Zug um Zug mit seiner Eintragung als Eigentümer (Erbteilsrück-erwerber), falls keine Zwischeneintragungen bestehen bleiben, denen er nicht zugestimmt hat.

##### 3. Berichtigungsbewilligung

Die auflösende Bedingung erlischt mit vollständiger Zahlung des Kaufpreises. Jeder Veräußerer ist dann zur Löschung der Verfügungsbeschränkung durch Berichtigungsbewilligung verpflichtet.

(...)

##### IV. Kaufpreis

1. Der Erwerber zahlt an (...) (die Beteiligten zu 2 und 3) einen Betrag in Höhe von (...).

2. Zahlungsvoraussetzung ist, dass dem Notar folgende Unterlagen vorliegen:

Mitteilung über die Eintragung des Erwerbers als Alleineigentümer nebst Verfügungsbeschränkungen gemäß Ziffer III., ohne dass zugleich oder vorher andere Verfügungen über den in Ziffer I. bezeichneten Grundbesitz bzw. sonstige Rechte oder Vermerke eingetragen wurden.

(...)“

4 Am 15.03.2022 wurde die Beteiligte zu 1 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen, als Grundlage der Eintragung sind die „Erbteilsabtretungen (auflösend bedingt) vom 27.01.2022“ angegeben.

5 Am 24.03.2022 beantragte der Urkundsnotar im Namen der Beteiligten die Eintragung der Verfügungsbeschränkung gemäß Ziffer III. 2. der Urkunde im Grundbuch.

6 Mit Beschluss vom 30.03.2022 hat das Grundbuchamt den Antrag zurückgewiesen. Gegenstand der Verfügungsbeschränkung nach § 161 BGB wären die Erbanteile, die aufgrund Vereinigung aller Erbanteile in einer Hand und damit einhergehender Auflösung der Erbengemeinschaft nicht mehr existierten. Mit Eintritt der auflösenden Bedingung würde auch der vorherige Rechtszustand allenfalls ex nunc wiederhergestellt; eine Rückwirkung stehe nicht zur Disposition der Beteiligten (§ 159 BGB). Gegenstand der jetzt in der Schwebezeit einzutragenden Verfügungsbeschränkung müsste also von Anfang an das Grundstück als Nachlassgegenstand sein, was § 161 BGB nicht vorsehe.

7 Hiergegen richtet sich die von dem Notar namens der Beteiligten eingelegte Beschwerde. Wende man § 161 BGB dem Wortlaut gemäß an, sei die Erbteilsvereinigung nur schwebend wirksam, werde also mit Bedingungseintritt wieder unwirksam. Der Übertragungsakt, der zur Auflösung der Erbengemeinschaft führe, sei nicht bedingungsfeindlich. Mit der Erbteilsvereinigung entstehe auch keine Situation, die juristisch unumkehrbar sei. Eine endgültige Auflösung der Erbengemeinschaft liege also nicht vor. Dafür, dass auch an dem Alleineigentum am Grundstück eine Verfügungsbeschränkung eingetragen werden könne, spreche die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Vor- und Nacherbfolge. Der von der Verfügungsbeschränkung der auflösenden Bedingung betroffene Erwerber aller Erbteile habe genau diese Verfügungsbeschränkung freiwillig mit seinen Vertragspartnern vereinbart, um diese zu schützen.

Er gebe hier also kein schutzwürdiges Interesse des Alleineigentümers, die Verfügungsbeschränkung nicht einzutragen.

**8** Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 21.04.2022 nicht abgeholfen.

**9 II.** Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

**10 1.** Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere ist sie gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrags statthaft gemäß § 71 Abs. 1 GBO.

**11 2.** Das Grundbuchamt hat zu Recht den Antrag auf Eintragung der Verfügungsbeschränkung zurückgewiesen, da durch die Übertragung sämtlicher Erbteile auf die Beteiligte zu 1 die Erbengemeinschaft unumkehrbar erloschen ist und daher auch bei Eintritt der auflösenden Bedingung nicht wieder neu entstehen kann. Weder an den von den Beteiligten zu 2 und 3 abgetretenen Erbteilen noch an dem Grundstück selbst kann daher eine Verfügungsbeschränkung eingetragen werden.

**12 a)** Die Miterbengemeinschaft ist bei Anteilserwerb durch einen Miterben beendet. In Literatur und Rechtsprechung ist es insoweit unstreitig, dass bei einer Übertragung aller Erbteile auf eine Person die Erbengemeinschaft erlischt (BGH, NJW 2018, 3650; ZEV 2016, 84; Staudinger/Löhnig, Neub. 2020, § 2032 Rdnr. 10). Es steht dann nicht mehr in der Macht der Erben, die Gesamthandsgemeinschaft vertraglich durch Rückübertragung der auseinandergesetzten Gegenstände wieder zu begründen, auch nicht durch Ausübung eines vereinbarten Rechts zum Rücktritt vom Auseinandersetzungsvertrag (OLG Düsseldorf, NJW 1977, 1828; MünchKomm-BGB/Gergen, 8. Aufl., § 2032 Rdnr. 8). Auch bei Nichtigkeit der zugrunde liegenden Vereinbarung kann eine durch wirksame Übertragung aller Erbanteile auf einen Miterben aufgelöste Erbengemeinschaft nicht im Wege einer Rückabwicklung nach § 812 BGB wiederhergestellt werden. (BeckOK-BGB/Lohmann, Stand: 01.05.2022, § 2032 Rdnr. 3). Die wirksam beendete Erbengemeinschaft kann nicht wiederaufleben oder neu begründet werden, auch nicht zum Zwecke der Rückabwicklung gescheiterter Verpflichtungsgeschäfte (jurisPK-BGB/Otto, 9. Aufl., § 2032 Rdnr. 23, 24; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 966).

**13 b)** Diese Maßstäbe gelten auch im Falle der Vereinbarung der Erbanteilsübertragung unter einer auflösenden Bedingung. Die Möglichkeit einer Vereinbarung, wie sie die Beteiligten getroffen haben, ist zwar dem Grunde nach seit langem anerkannt (vgl. *Staudenmaier*, BWNotZ 1959, 191 ff.; *Keller*, BWNotZ 1962, 286 ff.), ändert aber nichts daran, dass – wenn der Erwerber bereits Miterbe ist und durch die Übertragung die Erbschaft insgesamt erhält – die einzelnen Erbteile nicht mehr existieren, sodass der Eintritt der auflösenden Bedingung nur noch schuldrechtliche Ansprüche gegen diesen auslösen kann (Münchener Vertragshandbuch Bürgerliches Recht II/*Herrler*, Form. XVIII. 1. Anm. 1-21, beck-online). Es ist kein Grund ersichtlich, diesbezüglich zwischen einem Wegfall der zugrunde liegenden Vereinbarung aufgrund Rücktritt oder hier durch den Eintritt der

auflösenden Bedingung (ebenfalls aufgrund eines vereinbarten Rücktrittsrechts) zu unterscheiden.

**14 c)** Es kann demzufolge im vorliegenden Fall auch dahinstehen, ob die zwischen den Beteiligten vereinbarte Verfügungsbeschränkung an den Erbteilen der Beteiligten zu 2 und 3 eine Eintragung der Verfügungsbeschränkung an dem gesamten Grundstück rechtfertigen könnte. Eintragbar in Abteilung II des Grundbuchs sind Belastungen des Grundstücks oder eines Anteils am Grundstück, § 10 Abs. 1 a) GBV, bzw. Beschränkungen des Verfügungsrechts des Eigentümers, § 10 Abs. 1 b) GBV. Hiervon zu unterscheiden ist das Verfügungsrecht über den Erbteil. Die von den Beteiligten angeführte Rechtsprechung des BGH zur Vor- und Nacherbschaft ist auf den vorliegenden Fall jedenfalls nur bedingt anwendbar, da § 2113 Abs. 1 BGB ausdrücklich Verfügungen über ein der Vor- und Nacherbschaft unterliegendes Grundstück regelt, § 161 Abs. 1 BGB dagegen Verfügungen über den Gegenstand der Bedingung, vorliegend somit die abgetretenen Erbteile. Eine Vereinbarung über eine Verfügungsbeschränkung hinsichtlich des gesamten Grundstücks wurde zwischen den Beteiligten nicht getroffen.

(...)

**Hinweis der Schriftleitung:** Zu der Problematik nimmt Dr. **Stefan Bandel**, Notar in Passau, in ZEV 2022, 698 eingehend Stellung.

## 12. Bindungswirkung eines in einem Erbunwürdigkeitsklageverfahren ergangenen rechtskräftigen Versäumnisurteils

OLG Köln, Beschluss vom 27.04.2022, 2 Wx 72/22

BGB §§ 2339 ff., 2342, 2353

### LEITSATZ:

**In einem Erbscheinserteilungsverfahren ist das Nachlassgericht innerhalb der Grenzen der Rechtskraft an ein in einem Erbunwürdigkeitsklageverfahren ergangenes Versäumnisurteil gebunden.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**11.** Die Beteiligte zu 1 ist das einzige Kind des am (...) 11.2018 verstorbenen Erblassers. Bei der Beteiligten zu 2 handelt es sich um die Ehefrau des Erblassers.

**2** Am 17.12.2018 eröffnete das Nachlassgericht ein von der Beteiligten zu 2 am 14.12.2018 persönlich abgegebenes handschriftliches gemeinschaftliches Testament mit Datum vom 20.10.2017, dessen Text sich über die wechselseitige Einsetzung des Erblassers und der Beteiligten zu 2 zu Alleinerben verhält (...).

**3** Mit Schriftsatz vom 21.07.2020 erhob die Beteiligte zu 1 gegen die Beteiligte zu 2 Klage auf Feststellung der Erbunwürdigkeit der Beteiligten zu 2 hinsichtlich des Nachlasses

des Erblassers (...). Mit der Klagebegründung trug sie im Wesentlichen vor, ihre Mutter, die Zeugin K, habe ihr gegenüber erwähnt, dass die Beteiligte zu 2 regelmäßig den Schriftverkehr des Erblassers abgewickelt habe, wozu dieser auch vorab Blankopapierbögen unterzeichnet habe. Sie – die Beteiligte zu 1 – vermute daher, dass die Beteiligte zu 2 den Text des gemeinschaftlichen Testaments erst nach dem Erbfall auf einem zuvor vom Erblasser mit seiner Paraphen versehenen Blankopapierbogen errichtet habe (...). Am 28.01.2021 erging gegen die Beteiligte zu 2 ein Versäumnisurteil des LG Köln (36 O 193/20), in welchem gemäß Klageantrag ihre Erbnunwürdigkeit hinsichtlich des Nachlasses des Erblassers festgestellt wurde (...). Einspruch gegen das Versäumnisurteil legte die Beteiligte zu 2 nicht ein, wobei nach ihrem Vorbringen der Grund dafür darin lag, dass sie auch eineinhalb Jahre nach dem tragischen Tod des Erblassers stark traumatisiert war und auch diverse Gerichtspost ungeöffnet ließ.

**4** Mit notariell beurkundetem Antrag vom 31.03.2021 hat die Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin des Erblassers ausweist. Zur Begründung hat sie vorgebracht, als einziges Kind des Erblassers sei sie nach gesetzlicher Erbfolge als Alleinerbin berufen, weil die Beteiligte zu 2 wegen der rechtskräftigen Feststellung ihrer Erbnunwürdigkeit von der Erbfolge ausgeschlossen sei (...)

**5** Die Beteiligte zu 2 ist dem Antrag unter Berufung auf das gemeinschaftliche Testament entgegengetreten; wegen der Begründung wird auf den Schriftsatz vom 28.09.2021 Bezug genommen (...). Weiterer Schriftsatzwechsel schloss sich an (...).

**6** Mit am 26.01.2022 erlassenem Beschluss vom 20.01.2022 hat die Nachlassrichterin die zur Begründung des Antrages der Beteiligten zu 1 erforderlichen Tatsachen festgestellt, die sofortige Wirkung des Beschlusses ausgesetzt und die Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt. Sie hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen des § 2344 BGB seien erfüllt. Das gegen die Beteiligte zu 2 rechtskräftig gewordene Versäumnisurteil entfalte hinsichtlich der Frage der Erbnunwürdigkeit Bindungswirkung auch für das Erbscheinsverfahren. Die Voraussetzungen für eine Durchbrechung der Rechtskraft gemäß § 826 BGB seien nicht gegeben. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf (...) Bezug genommen.

**7** Gegen den ihr zu Händen ihres Verfahrensbevollmächtigten am 28.01.2022 zugestellten Beschluss wendet sich die Beteiligte zu 2 mit ihrer Beschwerde, die mit einem am 25.02.2022 bei dem AG Köln eingegangenen (...), wegen der Beschwerdebegründung in Bezug genommenen Schriftsatz vom 25.02.2022 (...) eingelegt worden ist. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem OLG Köln vorgelegt (...).

**8** Die Beteiligte zu 1 ist der Beschwerde entgegengetreten.

**9** 2. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Nachlassgericht hat mit Recht und aus zutreffenden Gründen die zur Begründung des Erbscheinsantrages der Be-

teiligten zu 1 erforderlichen Tatsachen festgestellt, da sie als einziges Kind des Erblassers Alleinerbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge geworden ist (§ 1924 Abs. 1 BGB). Denn die Beteiligte zu 2, die Ehefrau des Erblassers, ist von der Erbfolge wegen Erbnunwürdigkeit ausgeschlossen (§ 2344 i. V. m. § 2342 Abs. 2 BGB). Das Beschwerdevorbringen rechtfertigt kein anderes Ergebnis.

**10** Das rechtskräftige Versäumnisurteil des LG Köln vom 28.01.2021 ist für das vorliegende Erbscheinserteilungsverfahren bindend.

**11** Dies folgt bereits daraus, dass es sich bei dem stattgebenden Urteil nach ganz herrschender Meinung, welcher sich der Senat anschließt, um ein Gestaltungsurteil handelt, das mit Eintritt der Rechtskraft die Unwürdigkeit herbeiführt, selbst wenn es unrichtig ist (Staudinger/Olshausen, Neub. 2021, § 2342 Rdnr. 7; MünchKomm-BGB/Helms, 8. Aufl. 2020, § 2342 Rdnr. 9). Soweit dem Urteil nur deklaratorische Natur beigemessen wird, kommt die Gestaltungswirkung der mit der Klage geltend gemachten Anfechtungserklärung zu (so Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl. 2022, § 2342 Rdnr. 3). Aufgrund dieser Gestaltungswirkung stellt sich die Frage der Bindungswirkung rechtskräftiger Urteile über die Feststellung eines Erbrechts hier nicht.

**12** Aber auch ungeachtet dieser Gestaltungswirkung besteht eine Bindung für das Erbscheinsverfahren. Nach ganz herrschender Meinung ist das Nachlassgericht innerhalb der Grenzen der Rechtskraft an ein rechtskräftiges Urteil über die Feststellung des Erbrechts gebunden (vgl. BayObLG, FamRZ 1999, 334; OLG Frankfurt a. M., ErbR 2016, 464 m. w. N.; OLG Düsseldorf, ErbR 2020, 354 m. w. N.; Staudinger/Herzog, Neub. 2016, § 2353 Rdnr. 386; MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1922 Rdnr. 224). Bei der Feststellung der Erbnunwürdigkeit handelt es sich um eine negative Feststellung eines Erbrechts.

**13** Diese Bindungswirkung gilt auch dann, wenn es sich – wie hier – bei dem Feststellungsurteil um ein Versäumnisurteil nach §§ 331 ff. ZPO handelt. Hierzu ist allerdings die Auffassung vertreten worden, ein solches Urteil könne mangels Gestaltungswirkung über das Erbrecht, über das die Erben keine Dispositionsbefugnis haben, für das Nachlassgericht nicht bindend sein (Zimmermann, ZEV 2010, 457; vgl. auch Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., ZEV 2016, 275, 277). Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass Entscheidungen des Prozessgerichts, denen keine den Anforderungen des § 26 FamFG genügende Aufklärung der das festgestellte Erbrecht begründenden objektiven Tatsachen zugrunde liegt, für das Erbscheinserteilungsverfahren nicht bindend sein sollen. Der von der Beschwerde für sich in Anspruch genommenen Auffassung von Zimmermann folgt der Senat nicht. Denn dem stehen gewichtige Einwände entgegen (vgl. OLG Frankfurt a. M., a. a. O.; zust. MünchKomm-BGB/Leipold, a. a. O. Fn. 549; OLG Düsseldorf, a. a. O.; jurisPK-BGB/Lange, 7. Aufl. 2014, § 2359 Rdnr. 7; Staudinger/Herzog, a. a. O. Rdnr. 389a; Adam, a. a. O.; Soutier, MittBayNot 2017, 78). Zu berücksichtigen ist, dass der Anknüpfungspunkt für die Bindungswirkung eines Feststellungsurteils des Prozessgerichts über das Erbrecht nicht inhaltlicher, sondern formaler Natur ist. Die Bindungs-

wirkung, die an die materielle Rechtskraft des prozessgerichtlichen Urteils anknüpft, kann nicht in einer von der ZPO nicht vorgesehenen Weise nach der Art des Urteils relativiert werden. Die sich aus den grundlegenden Unterschieden der jeweiligen Verfahrensordnungen ergebenden Folgen liegen dabei in der Natur der Sache und sind deshalb hinzunehmen. Um abweichende Entscheidungen zu verhindern, muss entweder das Urteil des Prozessgerichts oder die Entscheidung des Nachlassgerichts Vorrang haben. Daraus folgt, dass Ergebnisse, die aufgrund abweichender Prinzipien der einen Verfahrensordnung zustande gekommen sind, in einem Verfahren nach der anderen Verfahrensordnung beachtet werden müssen (OLG Frankfurt a. M., a. a. O.; OLG Düsseldorf, ErbR 2020, 354).

**14** Ob das LG die Schlüssigkeit der Klage als Voraussetzung für den Erlass eines zusprechenden Versäumnisurteils zu Unrecht angenommen hat, ist für die Frage der Rechtskraft des Versäumnisurteils unerheblich und bedarf daher keiner Entscheidung. Sinn und Zweck der formellen Rechtskraft gemäß § 705 ZPO ist es gerade, mit Ablauf der Rechtsmittelfristen das Urteil unangreifbar werden zu lassen. Die Beteiligte zu 2 kann sich daher nach Ablauf der Einspruchsfrist nicht mehr auf Verfahrens- oder Schlüssigkeitsmängel, die nach ihrer Auffassung zum Erlass des Versäumnisurteils geführt haben, berufen. Vielmehr hätte sie solche Gesichtspunkte in dem auf einen Einspruch folgenden Verfahren geltend machen müssen.

**15** Die Bindungswirkung des Versäumnisurteils könnte danach allenfalls dann entfallen, wenn es sich auf Grund späterer Erkenntnisse des Nachlassgerichts als falsch herausstellt und dessen Ausnutzung im Erbscheinsverfahren ausnahmsweise als sittenwidrig zu bewerten ist, § 826 BGB (vgl. BGHZ 101, 380; BGH, NJW 1951, 759; OLG Düsseldorf, a. a. O.; jurisPK-BGB/Lange, a. a. O. Rdnr. 7; Staudinger/Herzog, a. a. O. Rdnr. 389). Ob im Verhältnis des Prozesses zum Erbscheinsverfahren eine Durchbrechung der Rechtskraft nach § 826 BGB in dem Sinne, dass eine Bindungswirkung des rechtskräftigen Erbenfeststellungsurteils ausnahmsweise entfallen würde, überhaupt zur Anwendung kommen sollte, erscheint zweifelhaft. Zwar könnte man argumentieren, dass auch ein Anspruch des siegreichen Erbprätendenten auf Herausgabe eines vom Feststellungsurteil abweichenden Erbscheins gemäß § 2362 Abs. 1 BGB nicht bestehen dürfte, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB gegeben sind. Auch lässt sich die Auffassung vertreten, dass das Nachlassgericht an ein Feststellungsurteil, das vorsätzlich sittenwidrig erstritten wurde oder vorsätzlich in sittenwidriger Weise ausgenutzt wird, nicht gebunden sein kann. Andererseits ist die Frage, wie dann mit dem Nebeneinander von inhaltlich abweichenden Entscheidungen im Prozess- und im Erbscheinsverfahren umzugehen wäre, ungeklärt, sodass eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestünde (OLG Düsseldorf, a. a. O.; vgl. grundsätzlich zur Kritik an der Anwendung des § 826 BGB neben §§ 578 ff. ZPO: Staudinger/Oechsler, Neub. 2018, § 826 Rdnr. 472 ff.).

**16** Im vorliegenden Fall kann dies aber offen bleiben, weil jedenfalls die Voraussetzungen einer Durchbrechung der Rechtskraft hier nicht gegeben sind.

**17 a)** Es liegt im Streitfall – anders als etwa in dem vom OLG Düsseldorf a. a. O. entschiedenen Fall – nicht schon nicht ohne Weiteres auf der Hand, dass das Versäumnisurteil materiell unrichtig ist. Vielmehr würde dies hier den Nachweis voraussetzen, dass die Beteiligte zu 2 die Voraussetzungen des § 2339 Abs. 1 Nr. 4 BGB nicht verwirklicht hat.

**18 b)** Zudem würde die Berufung der Beteiligten zu 1 im Erbscheinsverfahren auf ein – unterstellt – materiell unrichtiges, die Erbunwürdigkeit feststellendes Urteil für sich genommen noch nicht eine Durchbrechung der Rechtskraft gemäß § 826 BGB rechtfertigen. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten, welche ausnahmsweise eine Sittenwidrigkeit begründen, wobei von dieser Wertung zum Schutze des Instituts der Rechtskraft nur mit äußerster Zurückhaltung Gebrauch zu machen ist (vgl. BGH, NJW 1951, 759; BGHZ 101, 380; NJW 1999, 1257; jurisPK-BGB/Lange, § 2359 Rdnr. 7). Die Rechtskraft muss dann zurücktreten, wenn ihre Ausnutzung mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar wäre (vgl. BGH, NJW 2006, 154), etwa aufgrund einer sittenwidrigen Erschleichung des Titels, seiner sittenwidrigen Ausnutzung oder wenn der Titel schwer und evident unrichtig ist (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.). Derartige Umstände sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

**19 aa)** Ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligte zu 1 das Versäumnisurteil in sittenwidriger Weise erschlichen hat, liegen nicht vor. Insbesondere hat sie in ihrer Klagebegründung zum Ausdruck gebracht, dass es sich ihrerseits um eine Vermutung handele. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sie bei Einreichung der Klage davon ausgehen konnte oder davon ausgegangen ist, dass sich die Beteiligte zu 2 nicht gegen die Klage verteidigen werde und daher der Erlass eines Versäumnisurteils zu erwarten war.

**20 bb)** Anhaltspunkte für die sittenwidrige Ausnutzung des Titels durch die Beteiligte zu 1 sind ebenfalls nicht gegeben. Vielmehr ist sie grundsätzlich berechtigt, sich zu ihren Gunsten auch auf ein materiell unrichtiges rechtskräftiges Urteil zu berufen.

**21 (cc)** Schließlich ist unter Berücksichtigung der Ausführungen unter a) die Unrichtigkeit des Titels auch nicht so schwer und evident, dass auch ohne das Hinzutreten weiterer Umstände eine Durchbrechung der Rechtskraft gerechtfertigt wäre.

**22** Zudem kommt eine Rechtskraftdurchbrechung über § 826 BGB nicht in Betracht, wenn die Rechtskraft des objektiv unrichtigen Urteils auf das prozessuale Verhalten des Betroffenen zurückzuführen ist (vgl. BGH, NJW-RR 1988, 957; NJW 1979, 1046). So liegen die Dinge hier. Die Beteiligte zu 2 hat im Rechtsstreit vor dem LG Köln auf die ihr ordnungsgemäß zugestellte Klage nicht erwidert, insbesondere hat sie gegen das materiell unrichtige Versäumnisurteil keinen Einspruch eingelegt. Sie hat danach die Möglichkeit, die Rechtskraft des Versäumnisurteils zu verhindern und die zu ihren Gunsten sprechenden Gesichtspunkte schon im Erbenfeststellungsverfahren vorzubringen, nicht genutzt. Es entlastet sie nicht, dass sie



nach ihrem Vorbringen eineinhalb Jahre durch den tragischen Tod des Erblassers so traumatisiert war, dass sie die Gerichtspost nicht öffnete. Überdies war sie rund fünf Wochen nach dem Tod des Erblassers in der Lage, das von ihr in Bezug genommene Testament bei dem Nachlassgericht persönlich abzugeben.

(...)

**ANMERKUNG:**

Von Notarassessor Dr. **Christian Linke**, Vilsbiburg

**1. Problematik und Entscheidung des OLG Köln**

Das OLG Köln hatte sich vorliegend mit der höchststrich-terlich noch ungeklärten Frage zu befassen, ob das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren an ein die Erbu-nwürdigkeit feststellendes Versäumnisurteil gebunden ist.

Das Nachlassgericht hatte ein von der Ehefrau des Erblassers persönlich abgegebenes handschriftliches ge-meinschaftliches Testament mit wechselseitiger Einset-zung der Ehegatten zu Alleinerben eröffnet. Daraufhin hatte die Tochter des Erblassers als dessen einziges Kind beim LG Klage auf Erklärung der Ehefrau für erbunwürdig erhoben. Sie begründete die Klage damit, dass die Ehe-frau des Erblassers regelmäßig dessen Schriftverkehr – unter anderem unter Zuhilfenahme von vom Erblasser vorab unterzeichneten Blankopapierbögen – abgewickelt habe. Den Text des eröffneten Testaments habe diese erst nach dem Erbfall auf einen solchen Blankopapierbo-gen geschrieben. In der Folge erging gegen die Ehefrau des Erblassers ein rechtskräftiges Versäumnisurteil, mit dem diese für erbunwürdig erklärt wurde. Die Tochter des Erblassers beantragte daraufhin einen Alleinerbschein. Das Nachlassgericht gab dem Antrag im Wesentlichen aufgrund der Bindungswirkung des Versäumnisurteils statt. Das OLG Köln hat diese Ansicht geteilt und die Be-schwerde der Ehefrau des Erblassers zurückgewiesen.

Obwohl der Notar bereits aufgrund seiner Pflicht zur Neu-tralität nicht direkt an einer Erbu-nwürdigkeitsklage betei-ligt sein wird, können deren Implikationen auch für ihn im Rahmen der Vorbereitung eines sich anschließenden Erbscheinsantrags oder einer sonstigen erbrechtlichen Beratung der Beteiligten von Bedeutung sein. Ein genau-erer Blick auf das Rechtsinstitut der Erbu-nwürdigkeit, das in der erbrechtlichen Literatur ein Schattendasein fristet, und die Bedeutung eines hierüber ergangenen Urteils für das Erbscheinsverfahren erscheint daher auch aus nota-rieller Sicht lohnenswert.

**2. Das Rechtsinstitut der Erbu-nwürdigkeit**

Wohl nicht zuletzt aufgrund der geringen Beachtung ist nach wie vor zur Regelung der Erbu-nwürdigkeit vieles un-geklärt. Die dogmatischen Unsicherheiten beginnen be-reits beim Normzweck. Dies verwundert angesichts der Vielfalt der vom Gesetzgeber vorgesehenen Erbu-nwürdigkeitsgründe (§ 2339 Abs. 1 BGB) nicht. Diese reichen von der (versuchten) Tötung des Erblassers (Nr. 1 Var. 1 und 2) über die Beeinträchtigung von dessen Testierfrei-

heit (Nr. 1 Var. 3, Nr. 2, Nr. 3) bis hin zu Urkundsdelikten im Zusammenhang mit Verfügungen von Todes wegen (Nr. 4) wie (vermeintlich) auch im vorliegend entschie-denen Sachverhalt. Der BGH erblickt in der Regelung der Erbu-nwürdigkeit recht undifferenziert eine zivilrechtliche Strafvorschrift.<sup>1</sup> Tiefgründigere Überlegungen zum Telos der Norm finden sich im Schrifttum. Nach wohl herr-schender Literaturansicht geht der Gesetzgeber bei den in § 2339 BGB genannten Verfehlungen typisierend da-von aus, dass der hypothetische Erblasserwille auf eine Enterbung des Täters gerichtet ist.<sup>2</sup> Diese Auslegung wird jedenfalls durch die gesetzlich vorgesehene Möglich-keit der Verzeihung (§ 2343 BGB) normativ gestützt. Sämtli-che Erbu-nwürdigkeitstatbestände setzen schließlich als verbindendes Element eine vorsätzliche, rechtswidrige und schuldhaft Handlung des Erbu-nwürdigen voraus.<sup>3</sup>

Geltend zu machen ist die Erbu-nwürdigkeit im Wege der Anfechtungsklage; sie tritt gerade nicht ipso iure ein (§ 2340 Abs. 1, § 2342 BGB). Die Anfechtungsklage ist erst nach dem Anfall der Erbschaft und dann innerhalb der Jahresfrist des § 2082 BGB zulässig (§ 2340 Abs. 2 und 3 BGB). Anfechtungsberechtigt ist jeder, dem der Wegfall des Erbu-nwürdigen (auch nur mittelbar) zustatten kommt (§ 2341 BGB). Das aufwendige Erfordernis einer klageweisen Geltendmachung ist dem besonderen Be-dürfnis nach Klarheit und Offenkundigkeit geschuldet. Ein solches besteht aufgrund der weitreichenden Bedeutung der Anfechtung der Erbenstellung, mittels derer die ding-liche Rechtslage rückwirkend umgestaltet wird. Aus die-sem Grund hat der Gesetzgeber das Klageerfordernis bei den weniger einschneidenden Tatbeständen der Ver-mächtnisunwürdigkeit sowie der Pflichtteilsunwürdigkeit nicht vorgesehen, § 2345 BGB. Aufgrund des Klageerfor-dernisses ist eine einredeweise Geltendmachung der Erbu-nwürdigkeit ebenso ausgeschlossen wie eine Inzi-dentfeststellung im Erbscheinsverfahren.<sup>4</sup>

**3. Präjudizialität des Erbu-nwürdigkeitsurteils für das Erbscheinsverfahren**

Bereits aus diesem Grund ist die Bindungswirkung des Urteils im Erbu-nwürdigkeitsprozess für das Nachlassge-richt im Erbscheinsverfahren quasi zwingend. Anders als bei einem Feststellungsurteil über das Erbrecht handelt es sich beim Erbu-nwürdigkeitsurteil außerdem nach herr-schender Meinung um ein Gestaltungsurteil, das die ma-terielle Rechtslage ab seiner Rechtskraft mit Wirkung für

1 BGH, Urteil vom 11.03.2015, IV ZR 400/15, NJW 2015, 1382, 1384 (jedenfalls für § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB).  
 2 MünchKomm-BGB/Helms, 9. Aufl. 2022, § 2339 Rdnr. 2; Staudinger/Olshausen, Neub. 2021, § 2339 Rdnr. 6; BeckOGK-BGB/Rudy, Stand: 01.10.2022, § 2339 Rdnr. 6; a. A. etwa *Muscheler*, ZEV 2009, 58, 61 (Testierfreiheit).  
 3 BGH, Urteil vom 11.03.2015, IV ZR 400/15, NJW 2015, 1382, 1384; *Muscheler*, ZEV 2009, 101.  
 4 BayObLG, Beschluss vom 09.06.2000, 1 Z BR 5/00, FamRZ 2001, 319; Staudinger/Olshausen, § 2342 Rdnr. 1.

und gegen jedermann gestaltet.<sup>5</sup> Sofern teilweise – unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien<sup>6</sup> – vertreten wird,<sup>7</sup> dass die mit Klageerhebung konkludent abgegebene materiellrechtliche Anfechtungserklärung Grundlage für die rechtsvernichtende Wirkung hinsichtlich des Erbanfalls beim unwürdigen Erben ist, überzeugt dies aufgrund des insoweit klaren Gesetzeswortlauts nicht. Die Formulierung des § 2344 Abs. 1 BGB („Ist ein Erbe für erbunwürdig erklärt, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt“) spricht eindeutig dafür, dass das Urteil des Prozessgerichts die materiellrechtlichen Wirkungen der Erbunwürdigkeit herbeiführt. Es beinhaltet dabei zugleich die negative Feststellung der Erbenstellung des Erbunwürdigen und entfaltet insoweit präjudizielle Wirkung für das Erbscheinsverfahren.

Dies gilt genauso, wenn die Erklärung der Erbunwürdigkeit durch Versäumnisurteil erfolgt. Für das Feststellungsurteil im Erbprätendentenstreit hat für diesen Fall *Zimmermann* eine Bindungswirkung des Nachlassgerichts abgelehnt: Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass eine Entscheidung des Prozessgerichts, die aufgrund eines der Dispositionsmaxime unterliegenden Parteienprozesses ergangen ist und der daher keine den Anforderungen von § 26 FamFG genügende Aufklärung der das Erbrecht begründenden objektiven Tatsachen zugrunde liegt, für das Erbscheinsverfahren nicht bindend sein soll.<sup>8</sup> Dies soll vor allem für ein Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil gelten. Ein solches könne mangels Gestaltungswirkung über das Erbrecht, über das die Erben keine Dispositionsbefugnis haben, für das Nachlassgericht nicht bindend sein.<sup>9</sup> Diese Erwägungen greifen bei der durch gerichtliches Gestaltungsurteil festgestellten Erbunwürdigkeit jedoch bereits auf den ersten Blick nicht. Hier hat der Beklagte mit dem rechtskräftigen Urteil materiellrechtlich ex tunc allen gegenüber aufgehört, Erbe zu sein, gleichgültig, ob das Urteil zu Recht ergangen ist. Eine Ablehnung der Bindungswirkung des Nachlassgerichts würde daher darauf hinauslaufen, die von §§ 2342, 2344 BGB vorgesehene Tatbestandswirkung des zusprechenden Urteils contra legem aufzuheben.<sup>10</sup> Dies ist der entscheidende Unterschied des über die Erbunwürdigkeit ergangenen Gestaltungsurteils zum Feststellungsurteil, bei

dem die (ganz) herrschende Meinung gleichwohl – entgegen der Ansicht *Zimmermanns* – eine Bindungswirkung für das Erbscheinsverfahren annimmt.<sup>11</sup> Es bleibt daher zu hoffen, dass der BGH, bei dem die Sache unter dem Aktenzeichen IV ZB 11/22 anhängig ist, ebenfalls eine Bindungswirkung des Urteils über die Erbunwürdigkeit annimmt.

#### 4. Generelles Ausscheiden der Durchbrechung der Rechtskraft nach § 826 BGB

Mit der sich anschließenden Prüfung einer Durchbrechung der Rechtskraft nach § 826 BGB bewegt sich das OLG Köln ganz auf der Linie anderer Beschwerdegerichte, die eine solche Prüfung bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils – zumeist über die Feststellung des Erbrechts – beinahe standardmäßig vornehmen.<sup>12</sup>

Dabei scheidet richtigerweise die Prüfung von § 826 BGB im Erbscheinsverfahren ganz grundsätzlich aus. § 826 BGB als Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch gewährt unter engen Voraussetzungen einen Anspruch auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Titel sowie auf dessen Herausgabe.<sup>13</sup> Der Anspruch kann in einem kontradiktorischen Streitverfahren klage- sowie einredeweise geltend gemacht werden. Das Erbscheinsverfahren ist gemäß § 345 Abs. 1 FamFG jedoch ein Antragsverfahren, bei dem das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen von Amts wegen zu prüfen hat, § 352e Abs. 1, § 26 FamFG. Das Nachlassgericht kann bzw. hat auf Antrag zwar weitere Beteiligte hinzuzuziehen und diese anzuhören, § 345 Abs. 1 Sätze 2 und 3 FamFG. In der Sache ändert dies gleichwohl nichts daran, dass es allein über den Antrag des Antragstellers auf Erteilung des Erbscheins – und nicht etwa über als Einrede erhobene Ansprüche weiterer Beteiligter – entscheidet.<sup>14</sup> Es ist daher nicht nachvollziehbar, wie das Nachlassgericht überhaupt zur Prüfung eines Anspruchs weiterer Beteiligter nach § 826 BGB gelangt.

Im Ergebnis ist dies vorliegend gleichwohl zu verschmerzen. Ein Anspruch nach § 826 BGB dürfte bei einem Versäumnisurteil nämlich generell ausscheiden. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt eine Durchbrechung der Rechtskraft eines Titels lediglich in Betracht, wenn dieser materiell unrichtig ist und weitere Umstände hinzutreten, welche ausnahmsweise eine Sittenwidrigkeit begründen, wobei von dieser Wertung zum Schutze des

5 BGH, Urteil vom 11.03.2015, IV ZR 400/15, NJW 2015, 1382; MünchKomm-BGB/*Helms*, § 2339 Rdnr. 7; Staudinger/*Ols-hausen*, § 2342 Rdnr. 7; BeckOGK-BGB/*Rudy*, § 2342 Rdnr. 17.

6 Mot. V, S. 522.

7 *Muscheler*, ZEV 2009, 101, 105; Grüneberg/*Weidlich*, 81. Aufl. 2022, § 2342 Rdnr. 3.

8 *Zimmermann*, ZEV 2010, 457, 461; krit. auch Staudinger/*Herzog*, Neub. 2016, § 2353 Rdnr. 389a; *Kroiß*, Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.01.2019, I-3 Wx 34/16, ErbR 2020, 354, 360.

9 *Zimmermann*, ZEV 2010, 457, 461; *ders.*, Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 07.05.2015, 20 W 371/13, ZEV 2016, 275, 277.

10 Dies sieht mit *Unberath*, ZEV 2008, 465, 466, gar ein weiterer Kritiker der im Erbunwürdigkeitsprozess geltenden Dispositionsmaxime ein.

11 OLG München, Beschluss vom 08.03.2016, 31 Wx 386/15, MittBayNot 2017, 76, 77 f.; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 07.05.2015, 20 W 371/13, ZEV 2016, 275; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.01.2019, I-3 Wx 34/16, ErbR 2020, 354; Staudinger/*Herzog*, § 2353 Rdnr. 386 m. w. N.

12 OLG München, Beschluss vom 08.03.2016, 31 Wx 386/15, MittBayNot 2017, 76; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 07.05.2015, 20 W 371/13, ZEV 2016, 275, 277; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.01.2019, I-3 Wx 34/16, ErbR 2020, 354, 357.

13 MünchKomm-BGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 826 Rdnr. 252.

14 Bumiller/*Harders/Schwamb*, FamFG, 13. Aufl. 2022, § 352e Rdnr. 20 ff.

Instituts der Rechtskraft nur mit äußerster Zurückhaltung Gebrauch zu machen ist.<sup>15</sup> Die Durchbrechung der Rechtskraft wird daher nur bei einer sittenwidrigen Erschleichung des Titels, seiner sittenwidrigen Ausnutzung oder seiner schweren und evidenten Unrichtigkeit angenommen. Eine Durchbrechung der Rechtskraft scheidet dagegen nach ständiger Rechtsprechung des BGH aus, wenn der rechtskräftige Titel auf eine nachlässige Prozessführung des Betroffenen zurückzuführen ist.<sup>16</sup> Dies dürfte bei einem rechtskräftigen Versäumnisurteil fast immer der Fall sein.

15 BGH, Urteil vom 21.06.1951, III ZR 210/50, NJW 1951, 759; Urteil vom 24.09.1987, III ZR 187/86, NJW 1987, 3256, 3257; Urteil vom 13.09.2005, VI ZR 137/04, NJW 2006, 154, 156.

16 BGH, Urteil vom 23.01.1974, VIII ZR 131/72, NJW 1974, 557; Urteil vom 07.12.1978, III ZR 140/76, NJW 1979, 1046, 1047 f.; Urteil vom 25.02.1988, III ZR 272/85, NJW-RR 1988, 957, 959.

### 13. Verfahren auf Löschung des Nacherbenvermerks – Ermittlung der Verfahrensbeteiligten durch das Grundbuchamt

OLG Hamm, Beschluss vom 22.04.2022, 15 W 76/22  
(Vorinstanz: AG Dortmund - D-54914-7)

BGB § 1913  
GBO § 22

#### LEITSÄTZE:

1. Die Ermittlung der am Verfahren auf Löschung des Nacherbenvermerks wegen Grundbuchunrichtigkeit (§ 22 GBO) zu beteiligenden Nacherben darf das Grundbuchamt nicht den Beteiligten aufgeben. Vielmehr hat das Grundbuchamt die am Verfahren materiell Beteiligten von Amts wegen zu ermitteln.
2. Auch die Einrichtung einer Pflegschaft für unbekannte Beteiligte (§ 1913 BGB) ist von Amts wegen bei dem zuständigen Gericht anzuregen. Erst wenn die Einrichtung einer solchen Pflegschaft abgelehnt worden ist, kann den Beteiligten im Wege der Zwischenverfügung die Möglichkeit gegeben werden, für eine solche Pflegerbestellung zu sorgen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte, der aktueller Eigentümer des in Rede stehenden Grundbesitzes ist, hat mit Antrag vom 19.10.2021 die Löschung des in Abt. II unter der lfd. Nr. 6 eingetragenen Nacherbenvermerks beantragt. Der Nacherbenvermerk hat folgenden Wortlaut:

2 „Die (...) J W in E ist befreite Vorerbin. Nacherben des F W sind beim Tode der Vorerbin deren eheliche Abkömmlinge. Für den Fall, dass die Vorerbin kinderlos verstirbt, sind Nacherben

a) I S in X,

b) H T in E.

Aufgrund des Testaments vom 04.02.1953, 7 IV 112/53 AG Dortmund eingetragen am 26.01.1962.“

3 Der Beteiligte hat seinen Löschantrag wie folgt begründet: Durch die Veräußerung im Jahre 1963 durch die Mitvollerbin D W und die befreite (Mit-)Vorerbin J W an die Eheleute G und K L sei der Grundbesitz endgültig aus dem der Nacherbschaft unterliegenden Nachlass ausgeschieden. Die Veräußerung sei in vollem Umfang entgeltlich gewesen. Mithin sei das Grundbuch hinsichtlich des Nacherbenvermerks unrichtig geworden (§ 22 GBO).

4 Das Grundbuchamt hat den Löschantrag zurückgewiesen, weil den Nacherben, also insbesondere den ehelichen Abkömmlingen der befreiten Vorerbin J W, vor der Löschung des Nacherbenvermerks rechtliches Gehör zu gewähren sei, diese aber nicht hätten ermittelt werden können. Ferner sei kein Zustellungsvertreter oder Pfleger für die unbekanntenen Nacherben bestellt worden.

5 Hiergegen wendet sich der Beteiligte mit seiner Beschwerde vom 04.03.2022 unter Bezugnahme auf sein bisheriges Vorbringen.

6 II. Die nach §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur Zurückverweisung des Verfahrens an das Grundbuchamt.

7 Der ablehnende Beschluss kann jedenfalls mit der dort gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Da das FG-G-Reg die Eigenständigkeit der Vorschriften der §§ 71 ff. GBO betreffend die Beschwerde in Grundbuchsachen nicht berührt hat, gelten die Beschränkungen des § 69 Abs. 1 FamFG hier nicht (vgl. nur Senat, Beschluss vom 14.12.2010, 15 W 490/10, FGPrax 2011, 127; Bauer/Schaub/Budde, GBO, 4. Aufl., § 77 Rdnr. 22). Im Einzelnen:

8 1. Allerdings geht das Grundbuchamt im Ansatz zutreffend davon aus, dass der Nacherbenvermerk u. a. dann gelöscht werden kann, falls die Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 GBO) in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist. Das kann der Fall sein, wenn das in Rede stehende Grundstück endgültig aus dem der Nacherbschaft unterliegenden Nachlass ausgeschieden ist. Letzteres trifft zu, wenn die Verfügung des Vorerben auch ohne Zustimmung der Nacherben voll wirksam war, weil der befreite Vorerbe in vollem Umfang entgeltlich verfügt hat (vgl. dazu nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.03.2012, 3 Wx 299/11, FamRZ 2012, 1762).

9 Weiterhin geht das Grundbuchamt zutreffend davon aus, dass vor der Löschung des Nacherbenvermerks wegen Unrichtigkeit (§ 22 GBO) auch die hierdurch betroffenen Nacherben zu hören sind (vgl. Senat, Beschluss vom 19.01.1995, 15 W 303/94, FGPrax 1995, 14; Senat, Rpfleger 1984, 312; OLG Düsseldorf, a. a. O.). Die Ermittlung der am Verfahren zu beteiligenden Nacherben darf das Grundbuchamt indessen nicht den Beteiligten aufgeben. Vielmehr hat es von Amts wegen die am Verfahren materiell Beteiligten zu ermitteln (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.). Dieser Verpflichtung ist das Grundbuchamt aber bisher nicht – in vollem Umfang – nachgekommen.

**10** Das Grundbuchamt hat zwar die alten Grundakten angefordert. Auch hat es – vergeblich – versucht zu ermitteln, ob die befreite (Mit-)Vorerbin J W noch im Melderegister eingetragen ist und dort ihre aktuelle Anschrift verzeichnet ist. Ferner hat das Grundbuchamt – vergeblich – versucht aufzuklären, ob Nachlassvorgänge betreffend die Vorerbin J W vorhanden sind; die Anfrage an das Nachlassgericht ist negativ beschieden worden. Das Grundbuchamt hat zudem die Nachlassakten betreffend den Erblasser F W angefordert.

**11** Damit hat das Grundbuchamt aber noch nicht alle Aufklärungsmöglichkeiten ausgeschöpft. Es hat ausweislich der Grundakten nicht den Eingang der angeforderten Nachlassakten betreffend F W abgewartet; nach F W existiert jedenfalls nach dem Wortlaut des Nacherbenvermerks die Nachlassakte (d. h. Testamentsakte) 7 IV 112/53 AG Dortmund. Regelmäßig befinden sich in den Testamentsakten die Anschriften der gesetzlichen und eingesetzten (Nach-)Erben. Hiernach ist nicht ausgeschlossen, dass sich nach Einsichtnahme in die oben genannte Nachlassakte weitere Ermittlungsansätze ergeben, aufgrund derer letztlich die Nacherben und deren aktuelle Anschriften ermittelt werden können. Das Grundbuchamt hat es auch unterlassen, beim zuständigen Standesamt die Personaldaten der Frau J W (Geburtseintrag, ggf. vorhandener Eintrag ins Eheregister und dort ggf. verzeichnete eheliche Kinder) zu ermitteln. Angesichts des Wohnorts der Frau J W dürften Erkenntnisse beim Standesamt Dortmund vorhanden sein.

**12** Denkbar ist zudem, dass sich durch Nachfragen bei den Erben der im Jahre 2008 verstorbenen Ersatznacherbin J S und bei dem Ersatznacherben H T oder dessen Erben weitere Erkenntnisse/Ermittlungsansätze ergeben.

**13** Sollten die Nacherben nicht ermittelt werden können, ist eine Pflegschaft für unbekanntete Beteiligte (§ 1913 BGB) bei dem zuständigen Gericht anzuregen, und zwar von Amts wegen. Erst wenn das Gericht die Einrichtung einer solchen Pflegschaft abgelehnt hat, kann dem Beteiligten im Wege der Zwischenverfügung die Möglichkeit gegeben werden, selbst für eine solche Pflegerbestellung zu sorgen (vgl. dazu nur OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.03.2019, 8 W 142/18, juris; a. A.: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.09.2018, 20 W 197/18, FGPrax 2018, 279 – freilich zu dem Fall, dass sämtliche Nacherben erst mit Eintritt des Nacherbfalls feststehen).

**14** Die Ermittlung der am Grundbuchverfahren materiell Beteiligten hat, wie bereits gesagt, von Amts wegen zu erfolgen (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.). Diese von Amts wegen vorzunehmende Ermittlung wird das Grundbuchamt nunmehr nachzuholen haben.

(...)

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 14. Zuweisung der Beschlussfeststellungskompetenz an Versammlungsleiter durch Mehrheitsbeschluss

OLG Köln, Urteil vom 21.07.2022, 18 U 139/21

*GmbHG § 48*

#### LEITSATZ:

**Die Befugnis zur Feststellung des Zustandekommens eines Beschlusses der Gesellschafter kann durch Mehrheitsbeschluss dem Leiter der Gesellschafterversammlung oder einem Gesellschafter zugewiesen werden.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**18 a)** Der Beschluss betreffend die Zuweisung der Beschlussfeststellungskompetenz an den Gesellschafter A begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, sodass die innerhalb der Frist des § 7 Nr. 11 des Gesellschaftsvertrages – dort ist eine Anfechtungsfrist von zwei Monaten nach Absendung bzw. nach Übergabe der Abschrift des Gesellschafterbeschlusses vorgesehen – erhobene Anfechtungsklage ohne Erfolg bleiben muss.

**19** Die Beantwortung der Frage, ob einem Gesellschafter/Versammlungsleiter durch einfachen Gesellschafterbeschluss die Beschlussfeststellungskompetenz zugewiesen werden kann, ist allerdings umstritten. Nach einer in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassung soll dies nur durch die Satzung oder einen einstimmig gefassten Beschluss aller Gesellschafter möglich sein, weil anderenfalls ein Missbrauch durch einen Mehrheitsgesellschafter zu befürchten sei (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 06.11.2008, 20 W 385/08, FGPrax 2009, 81, 82; Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 48 Rdnr. 17a) bzw. es sich hierbei um eine echte Delegation der Organkompetenz der Gesellschafterversammlung handele (*Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 48 Rdnr. 23; *Noack*, GmbHG 2017, 792, 796). Nach der Gegenauffassung hat der Versammlungsleiter schon aufgrund dieser Funktion die Kompetenz, den Beschluss festzustellen, weil dies der Rechtssicherheit aller Gesellschafter diene (OLG Brandenburg, Urteil vom 05.01.2017, 6 U 21/14, ZIP 2017, 1417 Rdnr. 55; MünchKommGmbHG/*Drescher*, 3. Aufl. 2019, § 47 Rdnr. 55; BeckOK-GmbHG/*Schindler*, § 48 Rdnr. 44).

**20** Der Senat teilt die zweitgenannte Auffassung. Die Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter hat zunächst einmal nur deklaratorische Bedeutung in dem Sinne, dass ein bestimmtes Abstimmungsergebnis und damit einhergehend die Annahme oder Ablehnung des Beschlussantrages im Sinne einer Tatsache festgestellt wird. Daraus folgt nicht, dass diese Tatsachenfeststellung zu Recht erfolgt ist und die Abstimmung tatsächlich das festgestellte Ergebnis hatte. Dies im Streitfall zu klären, ist vielmehr



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Aufgabe der Gerichte im Rahmen einer Beschlussanfechtungs- oder -feststellungsklage. Die Beantwortung der Frage, ob ein Gesellschafter eine solche Klage erheben soll, hängt aber davon ab, ob ein Beschluss mit einem bestimmten Inhalt gefasst wurde oder eben nicht gefasst wurde. Dies wird für alle Gesellschafter durch eine entsprechende Beschlussfeststellung des Versammlungsleiters erkennbar, sodass sie sich hieran orientieren können. Andernfalls bliebe bei einem Streit über die Frage, ob ein Antrag angenommen oder abgelehnt worden ist, allen Gesellschaftern nur die Möglichkeit, rein vorsorglich entweder eine Beschlussanfechtungsklage oder eine positive Beschlussfeststellungsklage zu erheben, wobei von vorneherein feststünde, dass nur eine dieser Klagen Erfolg haben kann.

**21** Im Fall der Beklagten spricht für eine Beschlussfeststellungskompetenz des Versammlungsleiters darüber hinaus die Fristenregelung in § 7 Nr. 11 des Gesellschaftsvertrages, die folgenden Inhalt hat:

„Die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen durch Klageerhebung ist nur innerhalb einer Frist von 2 Monaten nach Absendung bzw. nach Übergabe der Abschrift des Gesellschafterbeschlusses zulässig.“

**22** Die Anknüpfung der Klagefrist an die Absendung des Gesellschafterbeschlusses impliziert, dass es jemanden geben muss, der den Beschluss feststellt. Die Auffassung der Gegenansicht, dass dies die Gesellschafterversammlung sei, führt im Ergebnis nicht weiter. Es wäre dann nämlich erforderlich, dass die Gesellschafterversammlung nach der Abstimmung über den Beschlussantrag – zumindest im Streitfall – ein weiteres Mal abstimmt, um das erste Abstimmungsergebnis festzustellen. Aber auch das Ergebnis dieser Abstimmung müsste von irgendjemandem festgestellt werden.

**23** Die Zulassung der Zuweisung der Beschlussfeststellungskompetenz an den Versammlungsleiter durch bloßen Mehrheitsbeschluss begründet für die Gesellschafterminderheit keine erheblichen Nachteile oder Risiken. Auch die Minderheit hat den Vorteil, dass auch für sie durch die Beschlussfeststellung des Versammlungsleiters das Ergebnis der Beschlussfassung – jedenfalls vorläufig – festgestellt ist. Diese Gesellschafter brauchen also nicht Klagen „ins Blaue hinein“ zu erheben, nur weil möglicherweise ein Beschluss gefasst wurde, den sie nicht akzeptieren wollen, sondern können sich auf die Fälle beschränken, in denen ein ihnen nicht genehmer Beschluss als gefasst festgestellt worden ist. Der Umstand, dass sie jedenfalls in diesen Fällen Klage erheben müssen, um den Beschluss nicht bestandskräftig werden zu lassen, stellt sich nicht als Nachteil dar, denn ihre Situation wäre keine andere, wenn keine Beschlussfeststellung erfolgt wäre, unter den Gesellschaftern aber Streit über das Ergebnis der Beschlussfassung besteht. Für den Rechtsstreit über den Beschluss selbst hat dessen Feststellung durch den Versammlungsleiter keine präjudizielle Bedeutung, hier kommt es nur darauf an, ob der Beschluss tatsächlich mit der erforderlichen Mehrheit gefasst worden ist.

(...)

## 15. Nachweis der Amtsniederlegung durch originär elektronisch erstellte Dokumente

KG, Beschluss vom 30.06.2022, 22 W 36/22

*GmbHG § 39 Abs. 2*

*HGB § 12 Abs. 2*

### LEITSATZ:

**Zum Nachweis der Beendigung der Vertretungsbefugnis durch Amtsniederlegung eines Geschäftsführers hat der anmeldende Geschäftsführer Unterlagen vorzulegen, aus denen sich der Zugang der Niederlegungserklärung bei dem Bestellungsorgan ergibt. Als Unterlage kommt auch das rein elektronisch erstellte Protokoll einer Gesellschafterversammlung in Betracht.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Beteiligte zu 1, eine UG (haftungsbeschränkt), ist seit dem 07.07.2020 in das Handelsregister Abteilung B des AG Charlottenburg eingetragen. Mit einer notariell beglaubigten elektronischen Erklärung vom 01.03.2022 meldete der Beteiligte zu 2, der als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beteiligten zu 1 eingetragen ist, sein Ausscheiden als Geschäftsführer zum Register an. Der Anmeldung war das undatierte Protokoll einer Gesellschafterversammlung als elektronisches Dokument beigelegt, das die Erklärung des Beteiligten zu 2 über seine Niederlegung aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Eintragung enthält. Darüber hinaus haben die Gesellschafter der Abtretung der Geschäftsanteile des Beteiligten zu 2 an die Gesellschaft im Beschlusswege zugestimmt. Die Unterschriften der Gesellschafter bzw. ihrer Organvertreter enthalten den Vermerk „DocuSigned“.

**2** Auf diese Anmeldung hin hat das AG mit Schreiben vom 15.03.2022 mitgeteilt, dass die Anmeldung nicht vollzogen werden könne. Der Gesellschafterbeschluss nebst weiterer Erklärungen sei mit Hilfe des Programms „DocuSign“ elektronisch unterzeichnet. Diese Signatur könne durch das Registergericht nicht überprüft werden, sodass nicht von wirksamen Unterschriften ausgegangen werden könne. Die Unterschrift werde in Abwesenheit des Unterzeichners durch den Dienstleister vorgenommen. Vorzulegen seien deshalb ein von dem Beteiligten zu 2 und einem weiteren Gesellschafter unterzeichneter Gesellschafterbeschluss nebst weiterer Erklärungen. Soweit eine rechtsmittelfähige Zwischenverfügung gewünscht werde, werde um entsprechende Mitteilung gebeten. Diese forderte der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 08.04.2022 ein. Gegen diese dem Schreiben vom 15.03.2022 entsprechende Verfügung vom 14.04.2022, die am 19.04.2022 zugestellt worden ist und anders als das Schreiben vom 15.03.2022 mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen war, hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 19.05.2022 Beschwerde eingelegt. Diesem Rechtsmittel hat das AG nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 23.05.2022 zur Entscheidung vorgelegt.

3 II. 1. (...)

4 2. Die Beschwerde hat auch Erfolg. Die in der Zwischenverfügung aufgeführten Eintragungshindernisse bestehen nicht. Sie ist aus diesem Grund aufzuheben. Das AG hat neu über den Eintragungsantrag zu entscheiden.

5 a) Die formellen Voraussetzungen für den Vollzug der beantragten Entscheidung liegen vor. Der Beteiligte zu 2 ist anmeldebefugt, weil sein Amt erst mit der Eintragung endet. Die entsprechende Bedingung bezieht sich nicht auf die Anmeldung als Verfahrenshandlung, die bedingungsfeindlich ist.

6 Entgegen der Auffassung des AG liegen die notwendigen Unterlagen zum Vollzug des angemeldeten Ausscheidens des Beteiligten zu 2 als Geschäftsführer vor.

7 Nach § 39 Abs. 2 GmbHG sind der Anmeldung über die Veränderungen in den Personen der Geschäftsführung die Urkunden über die Bestellung oder Beendigung in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügen. Wegen der Form der einzureichenden Unterlagen gilt seit der Einführung des elektronischen Handelsregisters nach § 8 Abs. 5 GmbHG die Regelung des § 12 Abs. 2 HGB entsprechend. Danach sind Dokumente elektronisch einzureichen. Soweit eine Urschrift einzureichen ist, reicht danach die Einreichung einer elektronischen Aufzeichnung. Im Falle einer Amtsniederlegung ist aus diesem Grund die Amtsniederlegung und ihr Zugang bei mindestens einem der Gesellschafter durch eine elektronische Aufzeichnung nachzuweisen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17.09.2001, II ZR 378/99, BGHZ 149, 28-32 Rdnr. 9; Urteil vom 08.02.1993, II ZR 58/92, BGHZ 121, 257-262 Rdnr. 19).

8 Derartige Unterlagen liegen aber vor. Aus dem eingereichten Protokoll ergibt sich, dass der Beteiligte zu 2 den anderen Gesellschaftern gegenüber die Niederlegung seines Geschäftsführeramtes aufschiebend bedingt erklärt hat. Damit ist nicht nur die Abgabe der entsprechenden Erklärung belegt, sondern auch ihr Zugang beim Bestellungsorgan. Dass die Wiedergabe dieses Vorgangs unzutreffend ist, die dortigen Angaben also falsch sind, macht auch das AG nicht geltend. Anhaltspunkte hierfür, die Ermittlungen des Registergerichts rechtfertigen könnten, sind auch nicht ersichtlich. Dieses Protokoll ist in ausreichender Form eingereicht worden, auch wenn der Signierablauf nahelegt, dass es originär elektronisch erstellt ist. Denn auch ein solches Dokument genügt den Anforderungen nach § 12 Abs. 2 Satz 2 1. Hs. HGB (vgl. *Schmidt-Kessel/Leutner/Müther*, Handelsregisterrecht, 2010, § 12 HGB Rdnr. 50). Soweit davon ausgegangen wird, ein elektronisches Dokument sei immer aus einem Papierdokument zu erstellen, dies ergebe sich aus dem Begriff der Aufzeichnung (so wohl MünchKomm-HGB/*Krafka*, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 59), teilt der Senat diese Auffassung nicht, weil der Begriff der Aufzeichnung auch die Festhaltung des zu dokumentierenden Vorgangs bezeichnen kann. Ausreichend ist die Erstellung eines Dokuments, das dauerhaft wiedergegeben werden kann. Dies entspricht auch dem § 48 Abs. 2 GmbHG, nach dem Beschlüsse der Gesellschafter in Textform gefasst werden können. Reicht danach eine elektronische Auf-

zeichnung, ist es auch nicht erforderlich, dass diese durch den Notar erstellt wird (vgl. dazu DNotl-Report 2018, 25).

9 b) Auch materiellrechtlich ist damit von einer wirksamen Niederlegung des Geschäftsführeramtes durch den Beteiligten zu 2 auszugehen. Denn die Niederlegungserklärung kann, wie mit der Beschwerde zu Recht geltend gemacht wird, formfrei abgegeben werden (vgl. BGH, Urteil vom 08.02.1993, II ZR 58/92, BGHZ 121, 257-262 Rdnr. 19; Beschluss vom 21.06.2011, II ZB 15/10, juris Rdnr. 8; *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl., § 38 Rdnr. 77; Noack/Servatius/Haas/*Beurkens*, GmbHG, 23. Aufl., § 38 Rdnr. 76). Soweit das AG bemängelt, eine Fernbeglaubigung nach dem Verfahren „docuSign“ sei nicht rechtswirksam, kommt es hierauf daher nicht an. Dies gilt erst recht für die Unterschriften der beiden weiteren Gesellschafter, die im Zusammenhang mit der Niederlegung überhaupt keine Willenserklärungen abgeben müssen. Dass die Niederlegung aufschiebend bedingt erfolgt ist, schadet nicht. Eine solche Bedingung ist wirksam (BGH, Beschluss vom 21.06.2011, II ZB 15/10, juris Rdnr. 8; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.06.1998, 3 W 130/98, juris Rdnr. 4).

(...)

## 16. Amtspflichtwidrige Einreichung einer Gesellschafterliste durch Notar

KG, Urteil vom 28.06.2022, 9 U 1098/20

*BeurkG §§ 17, 37*

*BGB §§ 242, 839 Abs. 1*

*BNotO § 15 Abs. 2, § 19 Abs. 1 Satz 2*

*GmbHG § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3*

*HGB § 16 Abs. 2*

### LEITSÄTZE:

1. Die Pflicht des Notars zur Einreichung einer die Änderung ausweisenden Gesellschafterliste ist von der Wirksamkeit der Veränderung abhängig und besteht dann nicht, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Veränderung bestehen. Der Notar darf in diesem Fall eine die Veränderung ausweisende Gesellschafterliste erst einreichen, wenn die Zweifel an der Wirksamkeit ausgeräumt wurden. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Amtspflicht des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG obliegt dem Notar nicht gegenüber der betroffenen Gesellschaft und dient nicht ihrem Schutz. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim AG zur Aufnahme im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn ent-

**gegen der gerichtlichen Anordnung eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

4. **Einer Haftung des lediglich fahrlässig handelnden Notars kann nach § 839 Abs. 3 BGB, § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO der Umstand entgegenstehen, dass der Verletzte es mindestens fahrlässig unterlassen hat, die Einreichung der fehlerhaft erachteten Gesellschafterliste im Wege der Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO abzuwenden. Beschwerdefähig ist jede Amtsweigerung des Notars, auch ein bloßes Unterlassen einer Amtshandlung. (Leitsatz der Schriftleitung)**
5. **Eine anderweitige, den lediglich fahrlässig handelnden Notar entlastende Ersatzmöglichkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO kann in der Inanspruchnahme des Geschäftsführers erblickt werden, welcher es unter Verletzung seiner Geschäftsführerpflichten unterließ, Rechtsmittel nach § 15 Abs. 2 BNotO gegen die beabsichtigten Amtshandlungen des Notars einzulegen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
6. **Bei der Beurkundung von Gesellschafterversammlungen nach § 37 BeurkG obliegen dem Notar keine Belehrungspflichten nach §§ 17 ff. BeurkG. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### **AUS DEN GRÜNDEN:**

1 I. Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO, und Folgendes ergänzt:

2 Die Klägerin behauptet, der Beklagte zu 1 habe bewusst mit dem aufseiten der Beklagten beigetretenen Streithelfer zu ihrem Nachteil gehandelt.

3 Der Beklagte zu 1 trägt vor, der Klägerin stünden Ersatzansprüche auch gegen die Dr. J GmbH sowie die anwaltlichen Vertreter des Streithelfers der Beklagten, Herrn Rechtsanwalt Dr. S und Herrn Rechtsanwalt P, zu.

4 Das LG hat die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung und beantragt sinngemäß,

das Urteil des LG Berlin vom 26.11.2020 – Aktenzeichen: 84. O.145/19 – abzuändern und

festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet seien, an sie dem Grunde nach Ersatz für alle Schäden zu leisten, die ihr aus der Einreichung und/oder der Handelsregistraufnahme der Gesellschafterlisten der S GmbH mit Datum vom 22.01.2015, 26.08.2015 und 27.08.2015 sowie aus der Beurkundung sowie den diesbezüglichen Anmeldungen und/oder der Handelsregistereintragung von angeblich am 27.08.2015 beschlossenen Satzungsänderungen der S GmbH entstanden sind oder noch entstehen.

5 Die Beklagten beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

6 Der Streithelfer ist dem Rechtsstreit aufseiten der Beklagten beigetreten und schließt sich dem Antrag der Beklagten an.

7 Im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Nebenintervenient den Beitritt aufseiten der Klägerin erklärt und schließt sich dem Antrag der Klägerin an.

8 II. Die Berufung der Klägerin ist form- und fristgerecht eingelegt. Sie bleibt dennoch ohne Erfolg. Denn sie ist teilweise unzulässig (1.) und im Übrigen nicht begründet, und zwar weder, soweit sie sich gegen den Beklagten zu 1 richtet (2.) noch soweit sie sich gegen den Beklagten zu 2 richtet (3.).

(...)

12 2. Im Übrigen ist die Berufung der Klägerin, soweit sie Ansprüche gegen den Beklagten zu 1 verfolgt, nicht begründet. Denn ihr stehen Ansprüche gegen den Beklagten zu 1 aus der allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage des § 19 Abs. 1 BNotO nicht zu. Verletzt ein Notar vorsätzlich oder fahrlässig die ihm anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er nach dieser Vorschrift diesen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Solche Ansprüche kann die Klägerin aus keiner seiner von ihr beanstandeten Amtshandlungen ableiten, weil es an der Verletzung sie schützender Pflichten fehlt.

13 a) Es kann dahinstehen, dass der Beklagte zu 1 seine Amtspflichten dadurch schuldhaft verletzte, dass er am 22.01.2015 die Gesellschafterliste der Klägerin bei dem Handelsregister des Beklagten zu 2 einreichte, wobei er auf seine Beurkundungen vom 06. und 07.01.2015 sowie die Erklärung der Einziehung der Anteile gegenüber dem Nebenintervenienten Bezug nahm.

14 aa) Der Beklagte zu 1 kann sich nicht darauf berufen, wie er meint, wegen § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG gar verpflichtet gewesen zu sein, die Gesellschafterliste einzureichen. Nach dieser Vorschrift hat ein Notar, wenn er an Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt hat, unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretenden Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben oder mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln.

15 Ihm ist zuzugeben, dass er an der Veränderung mitgewirkt hatte, indem er die Gesellschafterversammlung über die Einziehung des Gesellschaftsanteils des Nebenintervenienten beurkundet hatte. Dennoch war er zu ihrer Einreichung nicht berechtigt. Denn er hegte Zweifel an der Wirksamkeit der von ihm beurkundeten Beschlüsse und der sich hieraus ergebenden Veränderungen im Bestand der Gesellschafter. Die Pflicht zur Einreichung einer die Änderung ausweisenden Gesellschafterliste ist von der Wirksamkeit der Veränderung abhängig und besteht dann nicht, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Veränderung bestehen. Der Notar darf in diesem Fall eine die Veränderung ausweisende Gesellschafterliste erst einreichen, wenn die Zweifel an der Wirksamkeit ausgeräumt wurden (vgl. RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur

Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140, S. 44; BGH, Urteil vom 02.07.2019, II ZR 406/17, juris Rdnr. 46). Wegen seiner Prüfungsverantwortung darf der Notar die aktualisierte Gesellschafterliste erst zum Handelsregister einreichen, wenn er sich vom Eintritt der Veränderungen sicher überzeugt hat (Thüringer OLG, Beschluss vom 28.07.2010, 6 W 256/10, juris Rdnr. 11 m. w. N.). Diesen Anforderungen genügte es entgegen der von dem LG vertretenen Auffassung gerade nicht, dass der Notar die Einreichung mit der Formulierung seiner Zweifel verband. Vielmehr hätte er die Liste erst einreichen dürfen, wenn er seine Zweifel beseitigt hätte. Tatsächlich hegte der Beklagte zu 1 berechnete Zweifel an der Richtigkeit der eingereichten Veränderungen und hatte diese auch für sich selbst nicht ausgeräumt.

**16** Einerseits wies das Handelsregister W S und den Streit Helfer der Beklagten als jeweils alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer aus. Andererseits lagen einstweilige Verfügungen des LG Berlin vom 07. und 08.01.2015 vor, deren Inhalt dem Beklagten zu 1 auch bekannt waren und aus denen sich rechtlich begründete Zweifel an der Wirksamkeit der von ihm beurkundeten Beschlüsse ergaben. Ohne Bedeutung ist entgegen der von dem Beklagten zu 1 vertretenen Auffassung, dass diese einstweiligen Verfügungen der Klägerin noch nicht zugestellt gewesen sein mögen. Tatsächlich geht eine solche Zustellung aus den Übermittlungsschreiben vom 09.01.2015 nicht hervor mit der Folge, dass – worauf der Beklagte zu 1 zutreffend hinweist – diese einstweiligen Verfügungen wegen §§ 936, 928, 922 ZPO gegenüber der Klägerin als der Antragsgegnerin noch keine Wirkung entfalten konnten. Diese Wirksamkeit der einstweiligen Verfügungen gegenüber der Klägerin ist jedoch ohne Bedeutung für die von dem Beklagten zu 1 als dem verantwortlichen Notar zu ziehenden rechtlichen Erkenntnisse und die ihm obliegende Rechtmäßigkeitsprüfung. Nach der Rechtsprechung des BGH ist es dem Notar im Gegenteil verwehrt, seine Zweifel durch eine eigene Beurteilung auszuräumen, weil die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einziehung erst im Gerichtsverfahren nach Erhebung der Beschlussmängelklage mit Wirkung für und gegen jedermann endgültig geklärt werden (BGH, Urteil vom 02.07.2019, II ZR 406/17, juris Rdnr. 47; Urteil vom 17.02.1997, II ZR 41/96, juris Rdnr. 12). Der Beklagte zu 1 hatte also an seinen Zweifeln festzuhalten, bis ihm eine rechtskräftige Aufhebung der einstweiligen Verfügungen bekannt geworden sei, und nicht – wie er selbst meint – eine eigene Prüfung vorzunehmen, solange ihm ein rechtskräftiges Verbot nicht zugestellt sei. Eine solche gerichtliche Beseitigung der begründeten Zweifel lag ihm jedoch nicht vor.

**17 bb)** Darauf kommt es jedoch nicht an. Die Klägerin kann aus der Pflichtverletzung nichts für sich ableiten. Denn die verletzte Amtspflicht des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG oblag dem Beklagten zu 1 nicht ihr gegenüber und diente nicht ihrem Schutz.

**18 (1)** Zu diesem Ergebnis führt eine Auslegung der Vorschrift:

**19 (a)** Der gesetzessystematische Zusammenhang mit der Haftungsnorm des § 40 Abs. 3 GmbHG verdeutlicht den

Schutzzweck. Nach dieser Vorschrift haften die Geschäftsführer, welche die ihnen nach Abs. 1 obliegende Pflicht verletzen, denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden. Da aus einer Verletzung der Pflicht nach Abs. 1 nur denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern gegenüber gehaftet wird, sind auch nur diese Personen in den Schutzbereich der Pflicht einbezogen. Nicht genannt ist demgegenüber die Gesellschaft – in diesem Falle die hiesige Klägerin –, woraus im Umkehrschluss zu folgern ist, dass weder ihr gegenüber gehaftet wird noch dem zugrunde liegend sie in den Schutzbereich einbezogen ist. Gleiches gilt für den Notar, auch wenn dessen Haftung sich naturgemäß nicht aus § 40 Absatz 3 GmbHG, sondern aus § 19 Abs. 1 BNotO ergibt (vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 40 Rdnr. 622, welcher allerdings schon die Gläubiger aus dem Schutzbereich der notariellen Haftung ausnimmt; Michalski u. a./Terlau, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 40 Rdnr. 45; Mayer, DNotZ 2008, 203, 2015).

**20 (b)** Diese Schutzzielrichtung findet auch in den Gesetzesmaterialien ihren Niederschlag. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG wurde durch Art. 1 Nr. 27 lit. b) des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (MoMiG, BGBl. I, S. 2026) eingeführt. Ziel dieses Gesetzes war es, die Attraktivität der GmbH als Rechtsform im Europäischen Vergleich zu erhöhen und ihr eine internationale Wettbewerbsfähigkeit zu verleihen (BT-Drucks. 16/6140, S. 1). Durch die Einfügung des § 40 Abs. 2 GmbHG sollte das Verfahren besonders einfach und unbürokratisch gestaltet und insbesondere ermöglicht werden, dass die Änderung der Gesellschafterliste gelegentlich der Abtretungsbeurkundung gleich miterledigt werden könne (vgl. BR-Drucks. 354/07 vom 25.05.2007, S.100; BT-Drucks. vom 25.07.2007, 16/6140, S. 44). Eigene Interessen der Gesellschaft werden durch diese Pflicht des Notars nicht geschützt. Folgerichtig wird eine Haftung des Notars auch nur gegenüber den Gesellschaftsgläubigern oder auch gegenüber denjenigen in Betracht gezogen, deren Beteiligung sich geändert hat (Scholz/Seibt, GmbHG, § 40 Rdnr. 124; vgl. ebenso im Ergebnis: BeckOK-GmbHG/Heilmeyer, Stand: 01.08.2021, § 40 Rdnr. 223; Henssler/Strohn/Oetker, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 40 GmbHG Rdnr. 38 m. w. N.).

**21 (c)** Die Gesellschaft selbst bedarf auch nicht des Schutzes durch die Pflichten nach § 40 Abs. 1 und Absatz 2 GmbHG noch einer Haftung ihr gegenüber aus der Verletzung dieser Pflichten. Ihr selbst ist der Bestand ihrer Gesellschafter stets umfassend bekannt. Deshalb steht ihr jederzeit die Möglichkeit zur Verfügung, eine Berichtigung zu veranlassen oder eine berichtigte Liste selbst einzureichen oder einreichen zu lassen, den Fehler auf diese Weise also selbst zu beseitigen. Aufgrund ihrer eigenen Kenntnisse über ihren Bestand ist sie auch nicht schutzbedürftig in dem Vertrauen auf die Richtigkeit einer bei dem Handelsregister eingereichten Liste.

**22** Entgegen der von der Klägerin im Termin der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung lässt sich der Entscheidung des BGH vom 14.05.2019 (BGH, Urteil vom



14.05.2019, II ZR 299/17, juris) nichts zum Umfang des durch die Pflicht des Notars aus § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG entnehmen noch gar, dass dieser Schutzzumfang auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung selbst einbeziehe.

**23** (2) Im vorliegenden Einzelfall ist die Klägerin zudem aus weiteren tatsächlichen Gründen des Einzelfalles nicht in den Schutzbereich der Einreichungspflicht des beklagten Notars nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG einbezogen. Die hiesige Klägerin konnte sich nämlich gemäß § 242 BGB nicht auf die Gesellschafterliste berufen, weil die Liste entgegen der gerichtlichen Unterlassungsverfügung eingereicht wurde und sie selbst nicht nach ihrer Aufnahme im Handelsregister für eine Korrektur gesorgt hat. Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim AG zur Aufnahme im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn entgegen der gerichtlichen Anordnung eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist (für die hiesige Klägerin entschieden: BGH, Urteil vom 02.07.2019, II ZR 406/17, juris Rdnr. 34).

**24** cc) Der Feststellungsantrag der Klägerin, welchen sie auf die Einreichung der Gesellschafterliste am 22.01.2015 stützt, ist auch deshalb unbegründet, weil ein adäquat kausal auf einer Pflichtverletzung beruhender Schaden unter keinem Gesichtspunkt denkbar ist. Auch im Notarhaftungsrecht kann daher nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen. Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde. Deswegen muss zwischen der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage und dem Schaden ein innerer Zusammenhang bestehen. Eine bloß zufällige äußere Verbindung genügt nicht (BGH, Urteil vom 04.04.2019, III ZR 338/17, juris Rdnr. 16). An einer solchen durch den Schutzzweck umklammerten inneren Verbindung würde es jedoch fehlen bei jeglichem Handeln, welches sich auf die hier in Rede stehende, vom Beklagten zu 1 eingereichte Gesellschafterliste beruft. Denn der Notar selbst hatte sie mit der Formulierung seiner Zweifel verbunden, was ein Vertrauen auf die Richtigkeit ausschließt.

**25** dd) Der Anspruch der Klägerin ist zudem auch deswegen ausgeschlossen, weil sie den von ihr befürchteten Schaden durch einen Rechtsbehelf hätte vermeiden können. Nach § 839 Abs. 3 BGB, welcher über § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO auf die Notarhaftung Anwendung findet, tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn es der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Vorliegend hat es die Klägerin mindestens fahrlässig unterlassen, die Einreichung der von ihr als fehlerhaft erachteten Gesellschafterliste durch den Beklagten im Wege der Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO abzuwenden. Gegen die Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit des Notars fin-

det nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO die Beschwerde zum LG (Abs. 2 Satz 2) statt. Diesen Rechtsbehelf hat die Klägerin nicht ergriffen, obwohl er für die Erreichung ihres Zieles deutlich sinnvoller gewesen wäre als der Antrag des auf ihrer Seite beigetretenen Mehrheitsgesellschafters auf Erlass zweier allein gegen die Klägerin und den Streithelfer der Beklagten gerichteten einstweiligen Verfügungen. Anders als die Klägerin meint, hätte sie die Notarbeschwerde auch mit dem Ziel einlegen können, den Notar anweisen zu lassen, die Einreichung der Gesellschafterliste zu unterlassen. Beschwerdefähig ist jede Amtsweigerung des Notars, auch ein bloßes Unterlassen einer Amtshandlung (allg. M., statt vieler vgl.: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.12.2009, I-3 Wx 91/09, juris Rdnr. 18; OLG München, Beschluss vom 12.09.2008, 31 Wx 018/08, juris Rdnr. 25; Beschluss vom 09.05.2008, 31 Wx 31/08, juris Rdnr. 9; KG, Beschluss vom 08.04.2003, 1 W 58/03, juris Rdnr. 2).

**26** Auch war die Notarbeschwerde nicht deshalb unstatthaft, weil der Beklagte seine Absicht, die Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG bei dem Handelsregister einzureichen, nicht mit einem Vorbescheid angekündigt hat. Der Klägerin ist zuzugeben, dass Notaren empfohlen wird, in Zweifelsfällen oder bei Widerspruch eines Beteiligten, ihre Absicht, eine Amtshandlung vornehmen zu wollen, in einem Vorbescheid anzukündigen verbunden mit der Rechtsbehelfsbelehrung an die Beteiligten, gegen diesen Vorbescheid Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO zum LG zu erheben (vgl. BGH, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, juris Rdnr. 45). Dieses Vorgehen ist jedoch – wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt – nicht zwingende Voraussetzung des Notarbeschwerdeverfahrens.

**27** Unrichtig ist die Auffassung des LG, das Verschulden der Klägerin an der Säumnis entfalle, weil es sich bei der Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO um einen gemeinhin unbekanntem Rechtsbehelf handele. Der Vorrang des Primärrechtsschutzes nach § 839 Abs. 3 BGB enthält zwar ein Verschuldensmoment, dieses ist jedoch nicht an den Bekanntheitsgrad des jeweils statthaften und gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfes geknüpft. Es würde das normative System gerichtlichen Rechtsschutzes ganz grundlegend unterlaufen, die Ergreifung eines gerichtlichen Rechtsbehelfes an den Bekanntheitsgrad im Kreise juristischer Laien zu knüpfen.

**28** Wie aus der im Verhältnis zu der hiesigen Klägerin ergangenen Entscheidung des BGH vom 02.07.2019 (BGH, Urteil vom 02.07.2019, II ZR 406/17, juris Rdnr. 31) folgt, konnte die Klägerin durch ihren Geschäftsführer W S vertreten werden und stand zudem einer anwaltlichen Beauftragung damit auch nichts im Wege.

**29** ee) Die Klage der Klägerin gegen den Beklagten zu 1 auf Leistung von Schadensersatz aus § 19 BNotO wegen der Verletzung notarieller Amtspflichten ist zudem schon deswegen unbegründet, weil sie anderweitige Ersatzmöglichkeiten nicht ausgeschlossen hat. Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO kann der Notar, wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Verletzten nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen.

**30** (1) Dass der Beklagte zu 1 vorsätzlich gehandelt hätte mit der Folge, dass seine Haftung nicht nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO subsidiär wäre, behauptet die Klägerin ohne jede Substanz, was der Beklagte zudem bestreitet, ohne dass die Klägerin Beweis angetreten hätte. Es ist allerdings die Klägerin, welche für den Vorsatz des Notars die Darlegungs- und Beweislast trägt (BGH, Urteil vom 25.02.1999, IX ZR 240/98, juris Rdnr. 22; Senat, Urteil vom 25.07.2017, 9 U 148/15, juris Rdnr. 24). Macht der Geschädigte einen Schadenersatzanspruch aus § 19 BNotO geltend, trägt dieser die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale der Norm. Dies entspricht den allgemeinen Beweislastregeln, wonach derjenige, der sich auf eine ihm günstige Norm beruft, deren Tatbestandsvoraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat (vgl. allgemein zu § 19 BNotO: Senat, Urteil vom 01.11.2013, 9 U 315/12, juris Rdnr. 56). Hierzu gehört im Rahmen des § 19 BNotO als negatives Tatbestandsmerkmal auch das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit oder als Ausschlussgrund der subsidiären Haftung das vorsätzliche Handeln des Notars.

**31** (a) Dieser Pflicht ist die Klägerin nicht enthoben. Allerdings ist der Klägerin zuzugeben, dass es Sache der Gegenpartei sein kann, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei konkret zu äußern. Dies gilt insbesondere dann, wenn die beweispflichtige Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, der Prozessgegner aber die wesentlichen Umstände kennt und es ihm zumutbar ist, dazu nähere Angaben zu machen (BGH, Urteil vom 11.12.2001, VI ZR 350/00, juris Rdnr. 16; vorausgehend: Senat, Urteil vom 01.11.2013, 9 U 315/12, juris Rdnr. 57). Eine solche sekundäre Darlegungslast setzt jedoch jedenfalls voraus, dass das (unstreitige oder nachgewiesene) Parteivorbringen hinreichende – über bloße Verdachtsmomente hinausgehende (vgl. BGH, Urteil vom 17.02.2000, I ZR 239/97, juris Rdnr. 26) – Anhaltspunkte enthält, die einen entsprechenden Schluss nahelegen (BGH, Urteil vom 26.04.2022, VI ZR 965/20, juris Rdnr. 13 m. w. N.). Daran fehlt es jedoch, weil die Klägerin es an einem Sachvortrag mit derart hinreichenden Anhaltspunkten fehlen lässt, sie diese Anhaltspunkte vielmehr durch die Vorlage der Notariatsnebenakte erst ermitteln möchte.

**32** Im Spannungsverhältnis hierzu steht allerdings im Übrigen die der Klägerin vom Beklagten entgegengehaltene notarielle Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 BNotO, welche es dem Beklagten vorliegend unzumutbar macht, konkretere Angaben zu dem streitigen Geschehen zu machen. Die Verschwiegenheitspflicht des Notars dient dabei allein dem Schutz der Beteiligten, die der Notar betreut hat (vgl. BGH, Beschluss vom 14.07.1986, NotZ 4/86, juris Rdnr. 7; Urteil vom 17.07.2014, III ZR 514/13, juris Rdnr. 27; zur anwaltlichen Schweigepflicht vgl. Urteil vom 30.11.1989, III ZR 112/88, juris Rdnr. 28). Zwar gilt die notarielle Verschwiegenheitspflicht nicht ausnahmslos und kann beispielsweise im Rahmen einer Güter- und Pflichtenabwägung durch die notarielle Aufklärungspflicht zur Schadensverhütung eingeschränkt werden (BGH, Urteil vom

14.05.1992, IX ZR 262/91, juris Rdnr. 48). Auch tritt die Schweigepflicht hinter die Pflicht zurück, dem Unrecht zu wehren. Ein Notar muss deshalb ein unter seine Schweigepflicht fallendes Wissen preisgeben, wenn er dadurch strafbare Handlungen verhindern kann (BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, juris Rdnr. 23). Vorliegend kann der Beklagte jedoch mit einer Offenbarung seines Wissens durch prozessualen Vortrag zur Erfüllung einer sekundären Darlegungslast einen Schadenseintritt oder eine unrechtmäßige Handlung nicht mehr verhindern, weil die beanstandeten Handlungen bereits vollendet und die zum – behaupteten – Schaden führende Kausalkette bereits in Gang gesetzt ist (vgl. Senat, Urteil vom 01.11.2013, 9 U 315/12, juris Rdnr. 58).

**33** Die Klägerin ist hier auch nicht etwa schutzlos gestellt: Ihr Anspruch auf Einsicht in die Notariatsnebenakten richtet sich nach § 18 BNotO. Bestehen im Einzelfall Zweifel über die Pflicht zur Verschwiegenheit, so kann der Notar nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nachsuchen. Andererseits hätte der Klägerin grundsätzlich die Möglichkeit offen gestanden, den Beklagten durch die Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO zur Auskunftserteilung anhalten zu lassen. Ist nämlich der Notar zur Auskunftserteilung verpflichtet, ist das Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO der richtige Weg, um die Erteilung der Auskunft gerichtlich durchzusetzen. Es muss dann geprüft werden, ob der Notar seiner grundsätzlich bestehenden Auskunftspflicht in dem konkreten Fall nachkommen hat oder ob es Gründe gibt, die ihn zur Verweigerung der Auskunftserteilung berechtigen. Jedoch ist das Beschwerdeverfahren nicht eröffnet, wenn eine Auskunft verlangt wird, deren Erteilung von vornherein keine Amtstätigkeit ist (BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, juris Rdnr. 10). Darauf, ob diese Beschwerde vorliegend nicht zulässig sein könnte, weil es sich um eine in ein Auskunftsverlangen gekleidete Ausforschung handeln könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, juris Rdnr. 11), kommt es für die hiesige Entscheidung nicht an.

**34** Auch eine Vorlage der den Verfügungen vom Notarankonto zugrunde liegenden Anweisungen oder auch der gesamten Notarnebenakten des Beklagten gemäß § 142 Abs. 1 ZPO, wie von der Klägerin beantragt, kommt vorliegend nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht zwar anordnen, dass eine Partei die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Im Rahmen des von dieser Vorschrift eingeräumten Ermessens war jedoch wiederum die den Beklagten bindende notarielle Verschwiegenheitspflicht aus § 18 BNotO zu berücksichtigen, was den Senat dazu führte, von einer Vorlegungsanordnung abzusehen.

**35** Dem Wortlaut des § 142 Abs. 1 ZPO nach scheidet eine Rücksichtnahme auf Zeugnisverweigerungsrechte einer Partei allerdings aus. Denn nach Abs. 2 der Vorschrift sind allein Dritte zur Urkundenvorlage dann nicht verpflichtet, wenn ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind. So kann ein gemäß § 142 ZPO auf Vorlage von Unterlagen in Anspruch genommener

Dritter die Herausgabe verweigern, wenn ihm dadurch ein eigener vermögensrechtlicher Schaden entstehen würde, wobei es genügt, dass die Durchsetzung von Ansprüchen gegen ihn auch nur erleichtert würde (BGH, Beschluss vom 26.10.2006, III ZB 2/06, juris). Für die Parteien des Zivilprozesses hält das Gesetz in § 142 Abs. 1 ZPO solche Einschränkungen nicht bereit.

**36** Allerdings ist dennoch berechtigten Geheimhaltungsinteressen einer Partei oder auch Dritter entweder im Rahmen der Würdigung einer Weigerung oder bereits im Rahmen des von § 142 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessens bei der Vorlageanordnung Rechnung zu tragen. Bei dieser Ermessensentscheidung kann das Gericht auch berechnete Belange des Geheimnis- und Persönlichkeitsschutzes berücksichtigen (BGH, Urteil vom 26.06.2007, XI ZR 277/05, juris Rdnr. 20; siehe auch BT-Drucks. 14/6036, S. 120). Beachtlich ist hierbei insbesondere eine durch ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Nr. 6 ZPO) besonders geschützte Vertrauenssphäre (BGH, Urteil vom 17.07.2014, III ZR 514/13, juris Rdnr. 26; Zöller/Greger, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 142 Rdnr. 14). Vorliegend ist im Rahmen der Ermessensausübung gemäß § 142 Abs. 1 ZPO der Verschwiegenheitspflicht des Beklagten aus § 18 BNotO der Vorrang gegenüber dem prozessualen Aufklärungsinteresse der Klägerin zu geben. Auch insoweit ist maßgeblich, dass die Verschwiegenheitspflicht den Interessen an diesem Rechtsstreit nicht beteiligter Dritter dient und die Klägerin – wie oben ausgeführt – nicht schutzlos gestellt ist (vgl. Senat, Urteil vom 01.11.2013, 9 U 315/12, juris Rdnr. 61-64). Ihr stünde prozessual zulässig auch die Möglichkeit offen, an den Beurkundungsvorgängen beteiligte Dritte als Zeugen zu benennen und diese im Rahmen der Zeugenvernehmung zu befragen. Sie könnte jene Dritten ihrerseits um die Befreiung des beklagten Notars bitten mit der Folge, dass dieser sich auf den Geheimnisschutz nicht mehr berufen könnte (BGH, Urteil vom 17.07.2014, III ZR 514/13, juris Rdnr. 27).

**37 (b)** Darüber hinaus ist die Klägerin den gebotenen Beweisantritt schuldig geblieben. Auch dessen war sie nicht enthoben. Soweit sie (auch) zur Erfüllung ihrer Beweislast beantragt, dem Beklagten zu 2 aufzugeben, seine Notariatsnebenakten vorzulegen, handelt es sich um einen unzulässigen Beweisantrag. Das Gericht kann zwar gemäß § 142 ZPO anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden und sonstige Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Diese Regelung dient jedoch nicht dazu, einer Partei die Darlegungslast dadurch zu erleichtern, dass das Gericht eine Ausforschung betreibt (Zöller/Greger, ZPO, § 142 Rdnr. 1 m. w. N.). Das Gericht ist deshalb nicht gehalten, auf den Vortrag einer Partei, weiterer, die Schlüssigkeit der Klage herbeiführender Vortrag befinde sich in bei dem Prozessgegner verfügbaren Aktenordnern, die Vorlage dieser Akten anzuordnen (BGH, Beschluss vom 14.06.2007, VII ZR 230/06, juris Rdnr. 10). Wenn die Klägerin meinte, ihr Vortrag könne prozessual zulässig durch Vorlage von Urkunden untermauert werden, so hätte sie diese nach den og. Verfahren erlangen und in Folge auch vorlegen können. Dass sie dazu in der Lage war, ist bereits dargestellt.

**38** War schon die Substantiierung des klägerischen Vortrages durch Anordnung der Vorlage der Notariatsnebenakten nicht zulässig, gilt dies erst recht und aus denselben Gründen für den Beweisantritt.

**39 (2)** Im vorliegenden Falle hat die Klägerin die Möglichkeit nicht ausgeräumt, dass sie auch den Streithelfer der Beklagten als ihrem (früheren) Geschäftsführer mit Aussicht auf Erfolg auf Schadensersatz in Anspruch nehmen könnte. Mit den Gründen der landgerichtlichen Entscheidung, auf die Bezug genommen wird, kommt eine Haftung aus § 826 BGB in Betracht, welcher die Klägerin nicht entgegengetreten ist. Dies gälte in besonderem Maße dann, wenn – was die Klägerin behauptet, ohne dass es für den hiesigen Rechtsstreit darauf ankäme – der Streithelfer bewusst zu ihrem Nachteil gehandelt hätte. Die Klägerin selbst teilt diese Auffassung und trägt ihr konsequenterweise Rechnung, indem sie Herrn Dr. J den Streit verkündet hat.

**40** Der Senat geht nach dem von ihm zugrunde zu legenden Sachverhalt davon aus, dass die Klägerin diese Ersatzmöglichkeit versäumt hat, während eine Forderung gegen den Streithelfer mit den Erwägungen des LG betreibbar oder verjährt wäre. Nach § 529 Abs. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen (Nr. 1) die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, sowie neue Tatsachen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist. Danach ist unstreitig, dass die Klägerin keine Schadensersatzmöglichkeiten gegen Herrn Dr. J bisher verfolgt (hat). Denn das LG ist zulässigerweise davon ausgegangen, dass die Klägerin keine Schadensersatzansprüche gegen Herrn Dr. J geltend gemacht hatte. Dem ist die Klägerin auch weder mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag nach § 320 ZPO oder mit begründeten Einwendungen innerhalb der Berufungsbegründungsfrist des § 517 ZPO entgegengetreten, was jedoch wegen § 520 Abs. 2 ZPO notwendig gewesen wäre.

**41** Dieses Unterlassen war auch schuldhaft. Der Vortrag der Klägerin zu einem fehlenden wirtschaftlichen Leistungsvermögen des Streitverkündeten ist insbesondere auch angesichts des von ihr selbst angegebenen geringen Streitwertes des hiesigen Verfahrens nicht hinreichend substantiiert.

**42** Auch hat sie von dem Beklagten zu 1 in den Raum gestellte anderweitige Ersatzmöglichkeiten gegen die Dr. J GmbH sowie gegen deren anwaltlichen Vertreter, Herrn Rechtsanwalt Dr. S und Herrn Rechtsanwalt P, nicht ausgeräumt.

**43** Die Klägerin hätte Ersatz verlangen können von dem weiteren Geschäftsführer W S, welcher es unter Verletzung seiner Geschäftsführerpflichten unterließ, Rechtsmittel nach § 15 Abs. 2 BNotO gegen die beabsichtigten Amtshandlungen des Notars einzulegen.

**44 b)** Es kann dahinstehen, ob – wie das LG meint – der Beklagte zu 1 seine Amtspflichten dadurch schuldhaft verletzte, dass er am 24.07.2015 die Gesellschafterliste der

Klägerin bei dem Handelsregister des Beklagten zu 2 erneut einreichte.

**45** Ansprüche kann die Klägerin hieraus jedenfalls schon deshalb nicht ableiten, weil sie auch insoweit nicht in den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht (siehe oben 2. a) bb)) einbezogen ist, sie anderweitige Ersatzmöglichkeiten (siehe oben 2. a) ee) (2)) wie auch ein Rechtsmittel zur Abwendung des Schadens versäumt hat (siehe oben 2. a) dd)). Es gelten die gleichen Erwägungen wie oben zu 2. a), auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird.

**46 c)** Der Beklagte zu 1 verletzte seine Amtspflichten nicht, als er die Gesellschafterliste vom 26.08.2015, in welcher die in der Liste vom 22.01.2015 ausgewiesenen Nominalbeträge der Geschäftsanteile nach den § 1 EGGmbHG, § 5 Abs. 3 GmbHG in jeweils durch 50 € teilbare Beträge korrigiert waren, zu dem Handelsregister des Beklagten zu 2 einreichte.

**47 aa)** Insbesondere hat er hier nicht seine ihm aus § 40 Abs. 2 GmbHG erwachsenden Pflichten verletzt. Die dem Notar obliegenden Prüfpflichten beziehen sich wegen § 40 Abs. 2 GmbHG nur auf diejenigen Veränderungen, an denen er mitgewirkt hat. Weder war die Korrektur der Nominalbeträge falsch noch hatte der Beklagte zu 1 an diesen mitgewirkt. Eine weitergehende Prüfpflicht oblag ihm nicht. Insbesondere kann ein Schadensersatzanspruch nicht aus der Wiederholung einer Einreichung abgeleitet werden, welche schon bei der ersten Einreichung keine Rechte der Klägerin schützt.

**48 bb)** Zudem sind unterstellte Ansprüche der Klägerin auch insoweit ausgeschlossen, weil sie in gleicher Weise wie bei der Handelsregistereinreichung am 22.01.2015 ein gebotenes Rechtsmittel versäumte wie auch anderweitige Ersatzmöglichkeiten nicht in Anspruch nahm. Es wird auf die Ausführungen zu 2. a) dd) (2) und 2. a) ee) Bezug genommen.

**49 d)** Ansprüche gegen den Beklagten zu 1 wegen notarieller Amtspflichtverletzung aus § 19 Abs. 1 BNotO ergeben sich für die Klägerin auch nicht daraus, dass der Beklagte zu 1 am 27.08.2015 die Gesellschafterversammlung der Klägerin beurkundete. Diese Beurkundung, zu welcher der Beklagte zu 1 wegen § 15 Abs. 1 BNotO verpflichtet war, durfte er aus den zutreffenden Gründen der landgerichtlichen Entscheidung, auf welche Bezug genommen wird, nicht verweigern. Es sind keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass der Beklagte zu 1 sich in vorwerfbarer Weise an dem – streitigen – Versuch seines Streithelfers beteiligt hätte, das Abdrängen anderer Gesellschafter, insbesondere des Nebenintervenienten auf Seiten der Klägerin, abzusichern.

**50** Bei der Beurkundung von Gesellschafterversammlungen nach § 37 BeurkG obliegen dem Notar keine Belehrungspflichten nach §§ 17 BeurkG (*Röll*, Notar 1979, 644, 651; *Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Aufl. 2020, § 37 Rdnr. 21). Der Klägerin ist zuzugeben, dass der Notar darauf zu achten hat, dass nur gültige Beschlüsse gefasst werden (*Preuß*, a. a. O.). Jedoch hatte der Beklagte zu

1 keine Anhaltspunkte dafür, dass dies der Fall nicht gewesen sein könnte. Die von der Klägerin behauptete Kenntnis des Beklagten zu 1 behaupteter Maßnahmen rechtswidrigen und sittenwidrigen Handelns des Streithelfers ist ebenfalls streitig und von der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin nicht unter Beweis gestellt.

**51 e)** Es kann ebenfalls dahinstehen, ob – wie das LG meint – der Beklagte zu 1 seine Prüfpflichten aus § 40 Abs. 2 GmbHG verletzte, als er die Satzungsänderungen vom 27.08.2015 zum Handelsregister anmeldete. Auch insoweit ist die Klägerin aus den oben dargestellten Gründen (siehe oben 2. a) bb)) nicht in den Schutzbereich der Prüfpflichten einbezogen und hat sie (siehe oben 2. a) ee) (2)) anderweitige Ersatzmöglichkeiten ebenso versäumt wie gebotene Rechtsmittel (siehe oben 2. a) dd)) unterlassen.

**52 3.** Die Berufung ist auch nicht begründet, soweit die Klägerin sich mit ihrer nur teilweise zulässigen Berufung (siehe oben 1. b)) gegen die Abweisung ihrer Klage gegen den Beklagten zu 2 wendet. Denn ihr stehen Ansprüche gegen den Beklagten zu 2 aus der allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage des § 839 Abs. 1 BGB nicht zu. Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er nach dieser Vorschrift dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

**53 a)** Das Registergericht des Beklagten hat Amtspflichten nicht schon dadurch verletzt, dass es Gesellschafterlisten der Klägerin in das Handelsregister aufnahm, ohne diese zu prüfen. Denn das Registergericht besitzt nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur jedenfalls keine Verpflichtung zur inhaltlichen (d. h. materiellen) Prüfung der Gesellschafterliste (BGH, Beschluss vom 26.06.2018, II ZB 12/16, juris Rdnr. 9; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 40 Rdnr. 107). Darauf, ob es ein Recht zu einer solchen Prüfung besitze und welchen Umfang dieses Recht haben könnte, kommt es für die vorliegende Entscheidung nicht an. Das Registergericht nimmt die Gesellschafterliste lediglich entgegen und verwahrt sie, ohne eine inhaltliche Prüfpflicht zu haben. Diese Aufgabenumschreibung ergibt sich schon aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, in dem ausgeführt ist, dass die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Handelsregister eine die Liste inhaltlich nicht prüfende, sondern lediglich entgegennehmende, verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle ist (BT-Drucks. 16/6140, S. 38, 44). Die Annahme einer inhaltlichen Prüfpflicht wäre auch mit den durch das MoMiG eingeführten Publizitätswirkungen der Gesellschafterliste nicht zu vereinbaren. Nur derjenige, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste als Inhaber des Geschäftsanteils eingetragen ist, gilt gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft als solcher. Die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister sind zwar keine Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Erwerb eines Geschäftsanteils. Ohne die Eintragung und Aufnahme der Liste in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter jedoch die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verwehrt (BT-Drucks. 16/6140, S. 37). Nach

§ 16 Abs. 3 GmbHG kann ferner ein Geschäftsanteil oder ein Recht daran unter bestimmten Voraussetzungen durch Rechtsgeschäft wirksam von einem Nichtberechtigten erworben werden, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der beim Handelsregister verwahrten Gesellschafterliste eingetragen ist. Wegen dieser nachteiligen Wirkungen für den wahren Rechtsinhaber ist die nach Eintritt einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung den wahren Rechtszustand wiedergebende Gesellschafterliste nach ihrer Einreichung auch zügig in das Handelsregister aufzunehmen. Eine inhaltliche Prüfpflicht des Registergerichts würde dagegen unweigerlich in einer Vielzahl von Fällen zu nicht unerheblichen Verzögerungen führen (BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, juris Rdnr. 7).

54 b) Mit den zutreffenden Gründen der landgerichtlichen Entscheidung kann ein Pflichtenverstoß auch nicht in der Aufnahme der Listen in den Registerordner gesehen werden. Insbesondere kann die Klägerin Ansprüche nicht aus einer Verletzung von § 16 Abs. 2 HGB ableiten. Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozessgerichts die Vornahme einer Eintragung für unzulässig erklärt worden, so darf wegen § 16 Abs. 2 HGB die Eintragung nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen, welcher die Entscheidung erwirkt hat. Die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner ist keine Eintragung in das Handelsregister (vgl. die in diesem Sachkomplex ergangene Entscheidung des KG, Beschluss vom 24.08.2015, 23 U 20/15, juris Rdnr. 4). Vielmehr wäre effektiver und ausreichender vorläufiger Rechtsschutz gegen streitige Einziehungsbeschlüsse durch ein Gebot, den betroffenen Anteilseigner vorläufig weiter als Gesellschafter zu behandeln, und/oder die Zuordnung eines Widerspruchs gemäß § 16 Abs. 3 Satz 3, 4 GmbHG zu erlangen (KG, Beschluss vom 24.08.2015, 23 U 20/15, juris Rdnr. 2; a. A. *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815, 821 f., der dies ohne abschließende Begründung für „höchst problematisch“ hält, dem sich ein „Analogieschluss auf[drängt]).

55 c) Die Berufung der Klägerin ist – von ihrer Unzulässigkeit abgesehen (siehe oben 1. b)) – auch insoweit nicht begründet, als sie sich bei ihrer Klage gegen den Beklagten zu 2 auf die Eintragung der Satzungsänderungen bezieht. Auch insoweit bestehen keine Prüfpflichten des Handelsregisters; es ist schon nicht ersichtlich, was das Handelsregister hätte prüfen sollen.

(...)

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 17. Verstoß gegen den deutschen ordre public bei Rechtswahl des englischen Erbrechts

BGH, Urteil vom 29.06.2022, IV ZR 110/21 (Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 22.04.2021, 24 U 77/20)

AdoptG Art. 12 § 2 Abs. 2

BGB § 2314 Abs. 1

GG Art. 6 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Satz 1

EuErbVO Art. 22 Abs. 1, Art. 35

#### LEITSATZ:

**Die Anwendung des gemäß Art. 22 Abs. 1 EuErbVO gewählten englischen Erbrechts verstößt jedenfalls dann gegen den deutschen ordre public im Sinne von Art. 35 EuErbVO, wenn sie dazu führt, dass bei einem Sachverhalt mit hinreichend starkem Inlandsbezug kein bedarfsunabhängiger Pflichtteilsanspruch eines Kindes besteht.**

#### SACHVERHALT:

1 Der Kläger nimmt – soweit für die Revisionsinstanz noch von Bedeutung – die Beklagte zu 1 (im Folgenden: Beklagte) als testamentarische Erbin auf Auskunft über den Bestand und den Wert des Nachlasses des am 26.04.2018 verstorbenen Erblassers John Keith L in Anspruch.

2 Der 1936 geborene Erblasser war britischer Staatsangehöriger. Er lebte seit seinem 29. Lebensjahr in Deutschland, wo er auch seinen letzten Wohnsitz hatte. Mit notariell beurkundetem Kindesannahmevertrag vom 30.10.1975, den das AG Köln mit Beschluss vom 20.05.1976 gemäß § 1741 BGB in der seinerzeit gültigen Fassung bestätigte, adoptierte der Erblasser den am 09.09.1974 geborenen Kläger. Der Vertrag enthält unter anderem folgende Regelung:

„Die Erb- und Pflichtteilsrechte für das Kind und dessen künftige Abkömmlinge nach dem Erstverstorbenden der annehmenden Eheleute werden ausgeschlossen.“

3 Mit notariellem Testament vom 13.03.2015 setzte der Erblasser die Beklagte als Alleinerbin ein und widerrief alle zuvor von ihm erteilten Verfügungen von Todes wegen. Für die Rechtsnachfolge von Todes wegen wählte er das englische Recht als Teilrecht seines Heimatstaates. Der Nachlass besteht aus einer im Inland gelegenen Immobilie sowie diversen weiteren Gegenständen. Der Kläger ist deutscher Staatsangehöriger und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland.

4 Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Beklagte verurteilt, dem Kläger Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses zu erteilen, das im Einzelnen alle beim Erbfall vorhandenen Sachen und Forderungen des Erblassers sowie alle Forderungen gegen diesen und alle ergänzungspflichtigen Schenkungen, die der Erblasser in den letzten zehn Jahren vor dem Erbfall getätigt hat, umfasst, und die Werte verschiedener Nachlassgegenstände durch Sachverständigengutachten für den Stichtag 26.04.2018 bestimmen zu lassen und darüber Auskunft zu erteilen, sowie die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**5** Die Revision hat keinen Erfolg.

**6 I.** Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2021, 698 veröffentlicht ist, steht dem Kläger gegen die Beklagte ein Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch gemäß § 2314 Abs. 1 BGB zu, da dieser als Adoptivsohn des Erblassers pflichtteilsberechtigt gemäß § 2303 Abs. 1, § 1754 Abs. 1, § 1755 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 § 2 Abs. 2, Abs. 3, § 3 Abs. 1 AdoptG und von der Erbfolge ausgeschlossen sei. Einem Anspruch stehe nicht entgegen, dass der Erblasser in dem Testament vom 13.03.2015 für die Rechtsfolge von Todes wegen in sein gesamtes Vermögen das englische Recht als Teilrecht seines Heimatstaates gewählt habe. Zwar habe es dem Erblasser gemäß Art. 22 Abs. 1, Art. 83 Abs. 4 EuErbVO freigestanden, für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht des Staates zu wählen, dem er im Zeitpunkt der Rechtswahl angehörte. Die Anwendung englischen Rechts scheide aber aus, weil sie im konkreten Fall mit dem deutschen ordre public offensichtlich unvereinbar sei, Art. 35 EuErbVO. Das englische Recht kenne keinen Pflichtteil. Kinder des Verstorbenen könnten für den Fall, dass sie nicht ausreichend bedacht wurden, bei Gericht einzig eine „angemessene finanzielle Regelung“ nach dem Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 beantragen. Erwachsenen Kindern stehe danach regelmäßig kein Anspruch auf Teilhabe am Nachlass zu. Das aber verstoße gegen die Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG, nach der eine Teilhabe der Kinder am Nachlass der Eltern nicht von deren Bedürftigkeit abhängig gemacht werden dürfe. Das englische Recht rücke das Nachlassrecht in die Nähe des Unterhaltsrechts und knüpfe daran an, dass der Erblasser im Zeitpunkt des Todes seinen Wohnsitz in England oder Wales hatte. Nach deutschem Rechtsverständnis seien vielmehr die grundsätzlich unauflösbare Beziehung zwischen Eltern und Kindern und die daraus erwachsene Familiensolidarität ausschlaggebend für eine Teilhabe der Kinder am Nachlass ihrer Eltern. Der Wohnort spiele dabei keine Rolle. Schließlich stelle das englische Recht die Entscheidung über eine finanzielle Zuwendung und deren Höhe in das Ermessen des Gerichts. Auch dies widerspreche der nach deutschem Rechtsverständnis gebotenen und in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Garantie einer bedarfsunabhängigen wirtschaftlichen Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass ihrer Eltern. Zur Gewährleistung einer dem deutschen ordre public entsprechenden Regelung müsse auf die Vorschriften des deutschen Pflichtteilsrechts zurückgegriffen werden.

**7 II.** Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

**8** Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 2. Hs., Satz 3 BGB ein Anspruch auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers und auf Wertermittlung in dem vom Berufungsgericht tenorierten Umfang zu.

**9 1.** Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, einem Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch des Klägers stehe nicht der Umstand entgegen, dass der Erblasser

in seinem Testament für die Rechtsfolge von Todes wegen in sein gesamtes Vermögen das englische Recht als Teilrecht seines Heimatstaates gewählt hat.

**10 a)** Gemäß Art. 22 Abs. 1 EuErbVO stand es dem Erblasser frei, für die Rechtsfolge von Todes wegen mit dem englischen Recht das Recht des Staates zu wählen, dem er im Zeitpunkt der Rechtswahl angehörte. Die Wahl englischen Erbrechts war auch wirksam. Zwar datiert das Testament vom 13.03.2015, während die EuErbVO erst seit dem 17.08.2015 gilt. Da der Erblasser aber im Jahr 2018 verstorben ist, gilt gemäß Art. 83 Abs. 4 EuErbVO dasjenige Recht, dessen Anwendung der Erblasser vor dem Stichtag im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen nach dem nach Art. 22 EuErbVO wählbaren Recht angeordnet hat.

**11 b)** Entgegen der Ansicht der Revision ist die Anwendung englischen Rechts jedenfalls im hier zur Entscheidung stehenden Fall mit dem deutschen ordre public offensichtlich unvereinbar (Art. 35 EuErbVO). Denn das englische Recht steht zu der nach deutschem Recht verfassungsrechtlich verbürgten Nachlassverteilung in einem so schwerwiegenden Widerspruch, dass dessen Anwendung im hiesigen Fall untragbar ist. Dies hat zur Folge, dass es hier keine Anwendung findet.

**12 aa)** Art. 35 EuErbVO sieht vor, dass die Anwendung einer Vorschrift des nach der Verordnung bezeichneten Rechts eines Staates nur versagt werden darf, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (ordre public) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist. Die Bestimmung ermöglicht es dem Gerichtsstaat, im Ausnahmefall wesentliche Grundsätze und Werte des eigenen materiellen Rechts im Einzelfall zu wahren und trotz einer entgegenstehenden Regelung der lex causae durchzusetzen (vgl. Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch/Köhler, Internationales Erbrecht, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 172; NK-BGB/Looschelders, 3. Aufl., Art. 35 EuErbVO Rdnr. 1; Löhnig/Schwab/Pintens, Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung, 2014, S. 1, 27; Deixler-Hübner/Schauer/Schwartz, Kommentar zur EuErbVO, 2. Aufl., Art. 35 Rdnr. 3, 11). Für die Annahme eines Verstoßes gegen den ordre public reicht eine bloße Abweichung des ausländischen Rechts von inländischen Rechtsgrundsätzen nicht aus. Er liegt nur dann vor, wenn das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts im konkreten Einzelfall zu den Grundgedanken der nationalen Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es nach inländischer Vorstellung schlichtweg untragbar erscheint (vgl. Erwägungsgrund 58 Satz 1 EuErbVO; EuGH, Urteil vom 28.03.2000, C-7/98, EU: C: 2000:164 Rdnr. 37; BGH, Beschluss vom 14.11.2018, XII ZB 292/15, NJW-RR 2019, 321 Rdnr. 30; Urteil vom 08.05.2014, III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151 Rdnr. 29; st. Rspr.; vgl. auch Dutta/Weber/Bauer/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2. Aufl., Art. 35 EuErbVO Rdnr. 5; Grüneberg/Thorn, 81. Aufl., Art. 6 EGBGB Rdnr. 5; Bergquist/Damascelli/Lagarde, EU-Erbrechtsverordnung, 2015, Art. 35 Rdnr. 2; NK-BGB/Looschelders, 3. Aufl., Art. 35 EuErbVO Rdnr. 14; Soutier, Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung,

2015, S. 198 ff.; vgl. zu Art. 6 EGBGB BT-Drucks. 10/504, S. 42 ff.).

**13 bb)** Nach diesem Maßstab liegt hier ein offensichtlicher Verstoß gegen den deutschen *ordre public* vor.

**14 (1)** Das Pflichtteilsrecht ist als Institutionsgarantie dem Bestand des deutschen *ordre public* zuzurechnen. Das BVerfG hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 19.04.2005 (BVerfGE 112, 332 ff.) klargestellt, dass dem Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers unter Verweis auf die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG Grundrechtscharakter im Sinne einer grundsätzlich unentziehbaren und bedarfsunabhängigen wirtschaftlichen Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass zukommt. Dies folgt aus der Familiensolidarität und der hieraus abgeleiteten familienschützenden Funktion des Pflichtteilsrechts (vgl. BVerfGE a. a. O., juris Rdnr. 64 ff.). Art. 6 Abs. 1 GG schützt das Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Kindern als lebenslange Gemeinschaft, innerhalb derer Eltern wie Kinder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, füreinander sowohl materiell als auch persönlich Verantwortung zu übernehmen. Die Testierfreiheit des Erblassers unterliegt damit von Verfassungs wegen grundsätzlich auch den durch die Abstammung begründeten familienrechtlichen Bindungen. Das Pflichtteilsrecht hat die Funktion, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie – unabhängig von einem konkreten Bedarf des Kindes – über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermöglichen (vgl. BVerfGE a. a. O., juris Rdnr. 72). An dieser Einordnung des Pflichtteilsrechts von Kindern als grundrechtlich geschützte Rechtsposition hat das BVerfG auch in seiner neueren Rechtsprechung ausdrücklich festgehalten (vgl. BVerfG, ZEV 2019, 79 Rdnr. 13, zur Verfassungsgemäßheit von § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB).

**15 (2)** Das englische Recht kennt demgegenüber keinen bedarfsunabhängigen und nach festen Quoten berechneten Anspruch eines Abkömmlings nach dem Tod des Erblassers. Ein Pflichtteilsrecht, wie es der deutschen Rechtsordnung entspricht, ist dem englischen Recht fremd.

**16 (a)** Ohne Erfolg beanstandet die Revision mit der Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe lediglich pauschal und ohne nähere Begründung ausgeführt, ihm sei bekannt, dass die englische Rechtsordnung nahen Verwandten keinerlei Pflichtteils- und Noterbrechte am Nachlass zugestehen und habe allein auf dieser Grundlage die Entscheidung getroffen, dass sich das englische vom deutschen Recht wesensmäßig unterscheide. Es habe zugleich unterlassen, die konkrete Ausgestaltung des Rechts der ausländischen Praxis, insbesondere die ausländische Rechtsprechung, zu ermitteln.

**17 (aa)** Der deutsche Tatrichter hat das ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln (§ 293 ZPO). Dabei hat er es so anzuwenden, wie es der Richter des betreffenden Landes auslegt und anwendet. Wie er sich diese Kenntnis verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Vom Revisionsgericht wird insoweit lediglich überprüft, ob der

Tatrichter sein Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt, insbesondere sich anbietende Erkenntnisquellen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles hinreichend ausgeschöpft hat (vgl. Senatsurteil vom 18.03.2020, IV ZR 62/19, VersR 2020, 614 Rdnr. 23 ff.; BGH, Urteil vom 25.01.2022, II ZR 215/20, WM 2022, 670, juris Rdnr. 15; Beschlüsse vom 30.03.2021, XI ZB 3/18, NJW-RR 2021, 916 Rdnr. 59; vom 17.05.2018, IX ZB 26/17, WM 2018, 1316 Rdnr. 12 m. w. N.; st. Rspr.). Die Grenzen der Ermessensausübung des Tatrichters werden durch die jeweiligen Umstände des Einzelfalles bestimmt. An die Ermittlungspflicht werden umso höhere Anforderungen zu stellen sein, je komplexer oder je fremder im Vergleich zum eigenen das anzuwendende Recht ist. Von Einfluss auf das Ermessensermessen können auch Vortrag und sonstige Beiträge der Parteien sein. Tragen die Parteien eine bestimmte ausländische Rechtspraxis detailliert und kontrovers vor, wird der Richter regelmäßig umfassendere Ausführungen zur Rechtslage zu machen – ggf. sämtliche ihm zugänglichen Erkenntnismittel zu erschöpfen – haben, als wenn der Vortrag der Parteien zu dem Inhalt des ausländischen Rechts übereinstimmt oder sie zu dem Inhalt dieses Rechts nicht Stellung nehmen, obwohl sie dessen Anwendbarkeit kennen oder mit ihr rechnen. Auch dies hängt jedoch stets von den Besonderheiten des einzelnen Falles ab (vgl. Senatsurteil vom 18.03.2020, a. a. O. Rdnr. 24 m. w. N.).

**18 (bb)** Nach diesen Maßgaben hat das Berufungsgericht sein Ermessen im Streitfall rechtsfehlerfrei ausgeübt. Mangels sonstiger Regelungen zur Nachlassverteilung bei nicht bedachten Abkömmlingen hat das Berufungsgericht zu Recht auf die Regelungen des Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (im Folgenden: Inheritance Act 1975) abgestellt. Bereits dadurch ist den Anforderungen des § 293 ZPO Genüge getan. Auch in Anbetracht des Vortrags der Parteien war eine weitere Prüfung nicht veranlasst. Wie die Parteien übereinstimmend vorgetragen haben, kennt das englische Recht kein quotenmäßiges Pflichtteils- oder Noterbrecht und sieht der Inheritance Act 1975 eine angemessene finanzielle Beteiligung am Nachlass für Abkömmlinge nur bedarfsabhängig nach richterlichem Ermessen vor. Diese nach englischem Recht vorzunehmende Ermessensentscheidung – unter anderem abhängig von der Bedürftigkeit des Abkömmlings und dem letzten Wohnsitz des Erblassers – reichte dem Berufungsgericht für die Feststellung aus, dass das englische Recht der in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Garantie einer bedarfsunabhängigen wirtschaftlichen Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass ihrer Eltern entgegensteht. Vor diesem Hintergrund genügte hier eine rechtsvergleichende Betrachtung, wie sie das Berufungsgericht vorgenommen hat.

**19** Das Berufungsgericht musste keine Feststellungen dazu treffen, ob die englische Rechtsprechung – wovon die Revision ausgeht – die Tendenz haben sollte, nach einer Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles auch volljährigen Kindern eine Beteiligung am Nachlass zukommen zu lassen (vgl. *Hördt*, Pflichtteilsrecht und EuErbVO, 2019, S. 362 ff.; *Röthel* in FS v. Hoffmann 2011, S. 348 ff.; *Wolff*, Pflichtteilsrecht – Forced Heirship – Family Provision, 2011,

S. 176 ff.). Hierauf kommt es für den Streitfall nicht an. Ein das Fehlen seines Pflichtteilsrechts kompensierender Unterhaltsanspruch des Klägers würde jedenfalls schon daran scheitern, dass der Erblasser sein letztes Domizil nicht in England oder Wales hatte, wie dies Section 1 (1) Inheritance Act 1975 für die Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs fordert. Der Begriff des „domicile“ ist nicht mit dem deutschen Begriff des Wohnsitzes identisch, sondern wird enger verstanden (vgl. KG, IPRspr. 2007 Nr. 163, juris Rdnr. 13; Staudinger/*Mankowski*, Neub. 2010. Vor Art. 13-17b EGBGB Rdnr. 20 f.). Insoweit wird zwischen dem ursprünglichen „domicile of origin“ und einem später freiwillig gewählten „domicile of choice“ unterschieden. Letzteres kann begründet werden, wenn sich die betreffende Person an einem Ort mit der Absicht niederlässt, dort für immer oder auf unbestimmte Zeit zu bleiben und nicht mehr in das Land des bisherigen Domizils zurückzukehren. An den Nachweis eines derartigen „domicile of choice“ sind strenge Anforderungen zu stellen (vgl. KG, a. a. O.; Staudinger/*Mankowski*, a. a. O. Rdnr. 21). Hier bestehen angesichts der Lebensumstände des Erblassers, der seit mehreren Jahrzehnten in Deutschland ohne erkennbare Rückkehrabsicht nach England lebte, keine Zweifel, dass er sein „domicile“ im Inland hatte.

**20 (b)** Die Feststellungen des Berufungsgerichts zum englischen Recht treffen auch zu. Das englische Recht beschränkt die Dispositionsbefugnis des Erblassers weder durch ein Pflichtteils- noch ein Noterbrecht. Mittelbare Beschränkungen enthält der Inheritance Act 1975. Kindern des Erblassers kann danach auf Antrag ein Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass zustehen, wenn es der Verstorbene unterlassen hat, angemessene finanzielle Verfügungen zu treffen („reasonable financial provision“; vgl. Flick/*Piltz/Cornelius*, Der Internationale Erbfall, 2. Aufl., Rdnr. 579; *Henrich* in FS Yamauchi, 2006, S. 133, 136; *Hördt*, Pflichtteilsrecht und EuErbVO, S. 363 f.; *Schlitt/Müller/Kristic*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 224 ff.; *Odersky*, Die Abwicklung deutsch-englischer Erbfälle, 2001, S. 38; *Röthel* in FS v. Hoffmann, S. 348, 351 ff.; *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Süß*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 4. Aufl., § 19 Rdnr. 147 f., 156 ff.; *Werkmüller*, Rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte des geltenden Pflichtteilsrechts, 2002, S. 42 ff.; *Wolff*, Pflichtteilsrecht – Forced Heirship – Family Provision, S. 180 f.). Section 1 (2) (b) Inheritance Act 1975 richtet diese danach aus, welcher Unterhalt in Anbetracht der Umstände als angemessen erscheint. Die Ermessensentscheidung im Einzelfall obliegt den englischen Gerichten, wenn – anders als hier – der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes sein „domicile“ in England oder Wales hatte. Nach englischem Recht bleibt der Kläger am Nachlass des Erblassers bereits aus diesem Grund unbeteiligt.

**21 (3)** Die hier maßgebliche Frage, ob das Fehlen eines Pflichtteilsanspruchs ohne das Eingreifen kompensatorischer Ansprüche des Anspruchstellers nach englischem Recht gegen den deutschen ordre public verstößt, ist umstritten. Eine Auffassung geht davon aus, dass sich ein Durchschlagen des deutschen Pflichtteilsrechts auf andere Rechtsordnungen durch die Anwendung des Art. 35 EuErbVO verbietet (vgl. *Ayazi*, NJOZ 2018, 1041, 1045 ff.;

im Ergebnis offenlassend *Herzog*, ErbR 2013, 2, 5; zurückhaltend *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2395). Eine andere Ansicht hält einen Verstoß gegen den deutschen ordre public bei einem Pflichtteilsentzug, der sich – wie vorliegend – auf volljährige und wirtschaftlich unabhängige Abkömmlinge beschränkt, im Einzelfall nicht (jurisPK-BGB/*Ludwig/A. Baetge*, Stand: 02.03.2022, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 9, 17, 21; *Röthel* in FS v. Hoffmann, S. 348, 361 f.; *Staudinger/Dörner*, Neub. 2007, EGBGB Art. 25 Rdnr. 726; *Staudinger/Beiderwieden*, juris PR-IWR 6/2021 Anm. 2) oder erst dann für gegeben, wenn der Betreffende deshalb der deutschen Sozialhilfe zur Last fällt (MünchKomm-BGB/*Dutta*, 8. Aufl., Art. 35 EuErbVO Rdnr. 8 m. w. N.). Die überwiegende Auffassung nimmt demgegenüber – wie auch das Berufungsgericht – an, dass es der in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG verankerten Garantie einer bedarfsunabhängigen wirtschaftlichen Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass ihrer Eltern widerspricht, wenn einem Abkömmling nach dem gewählten Recht kein Anspruch auf Teilhabe am Nachlass zusteht, sodass in diesen Fällen ein offensichtlicher Verstoß gegen den deutschen ordre public vorliegt (vgl. *Dutta/Weber/Bauer/Bauer/Fornasier*, Internationales Erbrecht, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 11; *BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt*, Stand: 01.02.2022, Art. 35 Rdnr. 22.2; *Grüneberg/Thorn*, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 2; *Hohloch* in FS Leipold, 2009, S. 997, 1005; *Kroiß/Horn/Solomon/Köhler*, Nachfolgerecht, 2. Aufl., Art. 35 EuErbVO Rdnr. 8; *Schlitt/Müller/Lehmann*, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 14 Rdnr. 371-373; *Looschelders* in FS v. Hoffmann, 266, 280; *Dutta/Herrler/Lorenz*, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, Rdnr. 28; *NK-BGB/Looschelders*, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 25; *Löhnig/Schwab/Pintens*, Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung, 2014, S. 1, 29; *Bamberger/Roth/Hau/Posek/J. Schmidt*, BGB, 4. Aufl., Art. 35 EuErbVO Rdnr. 22.2; *Soutier*, Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung, S. 223 ff.; *Staudinger-Voltz*, Neub. 2013, Art. 6 EGBGB Rdnr. 190; *Walther*, GPR 2016, 128, 131).

**22 (4)** Die letztgenannte Ansicht trifft jedenfalls für den hier zu beurteilenden Sachverhalt aufgrund seines hinreichend starken Inlandsbezuges zu.

**23 (a)** Allein diese erfüllt die vom BVerfG aufgestellten Anforderungen an eine bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass ihrer Eltern (BVerfGE 112, 332 unter C. I. 2., juris Rdnr. 64 ff.). Sowohl die erstgenannte als auch die zweitgenannte Ansicht werden diesen Anforderungen nicht gerecht. Eine Absicherung von Kindern, die nur bei einer entsprechenden (Sozialhilfe-)Bedürftigkeit und damit abhängig von Ermessenserwägungen im Einzelfall eingreift, widerspricht dieser in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG verankerten Garantie. Auch Erblasserwille und Testierfreiheit rechtfertigen keinen Ausschluss des Pflichtteilsrechts. Das Pflichtteilsrecht der Kinder setzt der Testierfähigkeit des Erblassers Grenzen (BVerfGE, a. a. O. unter C. I. 3. C), juris Rdnr. 73). Zwar ist die Ausgestaltung und die Höhe des Pflichtteilsanspruchs nicht verfassungsrechtlich vorgegeben (BVerfGE, a. a. O. unter C. I. 4., juris Rdnr. 76). Es muss aber eine unentziehbare ange-

messene Teilhabe der Kinder am Nachlass des Erblassers gewährleistet werden (BVerfGE 112, a. a. O., juris Rdnr. 76). Wenn – wie hier – einem Kind des Erblassers nach ausländischem Recht ein Pflichtteil wegen des fehlenden „domicile“ des Erblassers in England kompensationslos versagt wird oder dieser von nicht vorab festgelegten Kriterien, die nicht bedarfsunabhängig sind, abhängt und in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, ist der Kern des Pflichtteils angetastet. Das ist mit dem deutschen *ordre public* offensichtlich unvereinbar.

**24 (b)** Ein anderes Verständnis folgt nicht aus den Erwägungsgründen der EuErbVO. Erwägungsgrund 38 Satz 2 EuErbVO stellt klar, dass die Rechtswahl auf das Recht des Staates, dem der Erblasser angehört, beschränkt sein sollte, um zu vermeiden, dass ein Recht mit der Absicht gewählt wird, die berechtigten Erwartungen der Pflichtteilsberechtigten zu vereiteln, und auf diese Weise sicherzustellen, dass eine Verbindung zwischen dem Erblasser und dem gewählten Recht besteht. Entgegen der Ansicht der Revision wird diese Wertung nicht unterlaufen, wenn bei der Wahl einer fremden Rechtsordnung gemäß Art. 22 EuErbVO im Einzelfall zu entscheiden ist, ob ein Verstoß gegen den *ordre public* vorliegt. Die Existenz von Art. 35 EuErbVO neben Art. 22 EuErbVO spricht dafür, dass der europäische Verordnungsgeber den Schutz des Pflichtteilsberechtigten im Einzelfall für geboten erachtet. Nach Erwägungsgrund 58 Satz 2 EuErbVO dürfen die Gerichte eines Mitgliedstaates die Anwendung des Rechts eines anderen Mitgliedstaats zwar nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung ausschließen, wenn dadurch gegen die Charta der Grundrechte der Europäischen Union verstoßen würde. Dass aus der Nichtanwendung englischen Rechts – ungeachtet der Frage danach, wie es sich auswirkt, dass England nicht Vertragsstaat der Verordnung geworden ist – ein relevanter Verstoß gegen die Grundrechtecharta folgen würde, ist aber nicht anzunehmen.

**25 (c)** Auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 35 EuErbVO ergibt sich nichts Gegenteiliges. Der Kommissionsvorschlag sah in Art. 27 Abs. 2 EuErbVO-E (KOM 2009/0154 endg. – COD 2009/0157) noch vor, dass eine abweichende Regelung des Pflichtteilsanspruchs nicht per se als Verstoß gegen den *ordre public* qualifiziert werden könne. Der Wegfall der Bestimmung im Verlauf des Legislativverfahrens spricht dafür, dass unterschiedliche Pflichtteilsregelungen unter engen Voraussetzungen die Berufung auf den *ordre public* rechtfertigen können (vgl. BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Art. 35 Rdnr. 22; Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, Erbrecht, 3. Aufl., Art. 35 EuErbVO Rdnr. 2 m. w. N.).

**26 (d)** Auch die von der Revision herangezogene Argumentation, es sei nicht richtig, dass sich das deutsche Erbrecht und damit ein Pflichtteilsanspruch gerade und nur in den Fällen durchsetze, in denen die gewählte Zielrechtsordnung ein Pflichtteilsrecht nicht vorsehe, wohingegen es in den Fällen, in denen das gewählte Recht zwar einen Pflichtteilsanspruch vorsehe, dieser jedoch hinter dem deutschen Standard zurück bleibe, mit der Anwendung des Rechts des Zielstaates sein Bewenden habe, rechtfertigt kein anderes

Ergebnis. Sie übersieht, dass Maßstab für einen Verstoß gegen den *ordre public* die Frage ist, ob das konkrete Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu missbilligen ist (vgl. BGH, Urteil vom 04.06.1992, IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312 unter III. 4. a), juris Rdnr. 38). Eine pauschale Betrachtungsweise verbietet sich insofern.

**27 (e)** Entgegen der Ansicht der Revision steht diesem Verständnis ferner nicht entgegen, dass frühere Entscheidungen das Bestehen eines familiären Pflichtteils- und Noterbrechts nicht zum deutschen *ordre public* gezählt und das Fehlen eines Pflichtteils im ausländischen Recht nicht beanstandet haben (vgl. RG, JW 1912, 22; BGH, Urteil vom 21.04.1993, XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920, juris Rdnr. 14; OLG Hamm, ZEV 2005, 436, juris Rdnr. 48 ff.; OLG Köln, FamRZ 1976, 170, 172). Auf der Grundlage des von dem BVerfG (BVerfGE 112, 332 ff.; BVerfG, ZEV 2019, 79 Rdnr. 13) aufgezeigten Werteverständnis von einer gerechten Nachlassverteilung zugunsten von Kindern hält der Senat diese Ansicht für überholt.

**28 (f)** Soweit im Schrifttum teilweise die Auffassung vertreten wird, ein Verstoß gegen den *ordre public* sei zu verneinen, wenn das Fehlen des Pflichtteilsanspruchs eines Abkömmlings durch Ersatzmechanismen wie die englische „family provision“ kompensiert werde (vgl. *Andrae* in FS v. Hoffmann, S. 3, 15; BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Art. 35 Rdnr. 22.2; MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 8 m. w. N.; Hager/Obergfell, Vorweggenommene Vermögensübertragung unter Ausschluss von Pflichtteilsansprüchen, 2013, S. 9, 28 f.), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Abgesehen davon, dass hier ein derartiger Kompensationsanspruch mangels „domicile“ des Erblassers in England oder Wales im Todeszeitpunkt nicht in Betracht kommt, unterscheidet sich das englische Recht dadurch grundlegend von der deutschen Rechtsordnung, dass es gerade keine bedarfsunabhängige quotale Beteiligung von Abkömmlingen am Nachlass vorsieht, sondern das Gericht zu prüfen hat, inwieweit die vom Erblasser getroffene Regelung einen vernünftigen finanziellen Ausgleich für den Anspruchsteller enthält. Wird eine derartige „reasonable financial provision“ durch die testamentarische Regelung nicht gewährleistet, kann das zuständige Gericht entsprechende Anordnungen treffen, ggf. auch durch den Erben an den Angehörigen zu leistende Zahlungen festsetzen. Diese Regelung in Section 2 (1) Inheritance Act ist indessen eine reine Ermessensregelung („the court may“). Ferner hängt das Zuerkennen eines derartigen Ausgleichsanspruchs von zahlreichen Faktoren des Einzelfalles ab, wie sie in Section 3 (1) Inheritance Act aufgelistet werden, so finanzielle Ressourcen und Bedürfnisse des Antragstellers, weiterer Antragsteller und des Erben, Art und Größe des Nachlasses, körperliche oder geistige Beeinträchtigungen des Antragstellers und des Erben (vgl. hierzu Schlitt/Müller/Kristic, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rdnr. 224 ff.). Insbesondere bei volljährigen Kindern mit eigenem Einkommen sind englische Gerichte mit dem Zuerkennen eines Anspruchs eher zurückhaltend (vgl. *Kristic*, a. a. O. Rdnr. 234). Das englische Recht bleibt somit in seiner gesetzlichen und konkreten Ausgestaltung hinter dem verfassungsrechtlich verbürgten Pflichtteilsanspruch von Kindern

nach deutschem Recht in einer mit dem deutschen ordre public nicht zu vereinbarenden Art und Weise zurück.

**29** (5) Die Nichtanwendung des an sich berufenen ausländischen Rechts infolge offensichtlicher Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts setzt ferner voraus, dass der zu beurteilende Sachverhalt eine hinreichend starke Inlandsbeziehung aufweist (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.2006, XII ZR 79/04, BGHZ 169, 240 unter III. 4. c), juris Rdnr. 50; ferner BVerfG, NJW 1971, 1509 unter C. III. 3., juris Rdnr. 43; *Andrae* in FS v. Hoffmann, S. 3, 15; *Kroiß/Horn/Solomon/Köhler*, Nachfolgerecht, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 5 m. w. N.). Diese hat das Berufungsgericht hier rechtsfehlerfrei angenommen. Die zu schützenden Familienbeziehungen des Erblassers hatten ihren Mittelpunkt in Deutschland. Sowohl der Kläger als auch der Erblasser haben bzw. hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt des Erbfalls in Deutschland, der Erblasser bereits seit mehr als 50 Jahren. Dort befand sich auch das Vermögen des Erblassers. Der Kläger besitzt zudem die deutsche Staatsangehörigkeit.

**30** cc) Ein Verstoß gegen den ordre public hat zur Folge, dass die ausländische Rechtsnorm im konkreten Fall keine Anwendung findet. Um zu gewährleisten, dass möglichst geringfügig in das ansonsten weiterhin anzuwendende ausländische Recht eingegriffen wird, sind Lücken zunächst unter Zuhilfenahme der lex causae zu schließen. Die lex fori ist nur hilfsweise als Ersatzrecht anzuwenden (BGH, Urteil vom 11.10.2006, XII ZR 79/04, BGHZ 169, 240 unter III. 4. c), juris Rdnr. 50; Beschluss vom 14.10.1992, XII ZB 18/92, BGHZ 120, 29 unter II. 6., juris Rdnr. 21; *Pfundstein*, Pflichtteil und ordre public, 2010, Rdnr. 531; *Soutier*, Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung, S. 225 ff.; *Stürner*, GPR 2014, 317, 324). So liegt der Fall nach den aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts hier. Da das englische Recht keinen den Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG genügenden Anspruch des Klägers auf Teilhabe am Nachlass vorsieht, lässt sich diesem für den hier vorliegenden Fall keine dem deutschen Rechtsverständnis entsprechende äquivalente Lösung entnehmen. Dementsprechend bedarf es des Rückgriffs auf das deutsche Pflichtteilsrecht.

**31** dd) Ferner ist kein Vorabentscheidungsverfahren an den Gerichtshof der Europäischen Union veranlasst. Es geht hier gerade nicht um die Auslegung einer Norm der EuErbVO im europarechtlichen Kontext. Die Besonderheit des Art. 35 EuErbVO liegt gerade darin, dass die Anwendung des an sich nach der EuErbVO berufenen Rechts ausscheidet, weil dessen Anwendung mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar wäre. Diese Frage kann nur von dem nationalen Gericht für das jeweilige nationale Recht beantwortet werden.

**32** 2. Das Berufungsgericht hat ferner zu Recht angenommen, dass dem Kläger als Pflichtteilsberechtigtem gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 BGB ein Anspruch auf Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses des Erblassers zum Zeitpunkt des Erbfalls durch notarielles Nachlassver-

zeichnis zusteht, der gemäß § 2325 BGB auch ergänzungspflichtige Schenkungen innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Erbfall erfasst. Gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. BGB hat er darüber hinaus einen Anspruch auf Wertermittlung der im Einzelnen bezeichneten Nachlassgegenstände.

**33** Nach dem Testament ist die Beklagte Alleinerbin geworden. Der Kläger als Adoptivsohn des Erblassers ist pflichtteilsberechtigt gemäß § 2303 Abs. 1, § 1754 Abs. 1, § 1755 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 § 2 Abs. 2, Abs. 3, § 3 Abs. 1 AdoptG und von der Erbfolge ausgeschlossen. Mit ihrer Rüge gemäß § 286 ZPO, das Berufungsgericht habe keine Feststellungen dazu getroffen, ob dem Kläger nach dem Inhalt des Adoptionsvertrags ein Pflichtteilsrecht zustehe, vermag die Beklagte nicht durchzudringen. Zwar trifft es zu, dass die notarielle Urkunde vom 30.10.1975 die Regelung enthält, dass die Erb- und Pflichtteilsrechte für den Kläger nach dem Erstversterbenden der annehmenden Eheleute ausgeschlossen sind. Entgegen der Auffassung der Revision steht diese Regelung einem Pflichtteilsrecht des Klägers aber nicht entgegen. Da der Kläger beim Inkrafttreten des Adoptionsgesetzes am 01.01.1977 noch minderjährig war, wurde das Annahmeverhältnis gemäß Art. 12 § 2 Abs. 1, Abs. 2 AdoptG (vgl. zu dessen Verfassungsmäßigkeit BVerfG, NJW 2003, 2600) grundsätzlich ab dem 01.01.1978 in ein solches gemäß §§ 1741 ff. BGB übergeleitet. Dies hat zur Folge, dass der Erbrechts- und Pflichtteilsrechtsausschluss, der im Annahmevertrag gemäß § 1767 Abs. 1 BGB in der seinerzeit gültigen Fassung erfolgt war, mit der Überleitung seine Wirksamkeit verlor, sofern kein Widerspruch nach Art. 12 § 2 Abs. 2 Satz 2 AdoptG ausdrücklich erklärt worden war (*Münch/Müller-Engels*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl., § 14 Rdnr. 56).

**34** Der ausdrücklich zu erklärende Widerspruch ist ein rechtsvernichtender Umstand, für den der Beklagten nach allgemeinen Grundsätzen der Nachweis obliegt (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 386/97, NJW 1999, 352 unter II. 3. b) aa), juris Rdnr. 13; *Musielak/Voit/Foerste*, ZPO, 18. Aufl., § 286 Rdnr. 35). Die Revision legt insoweit nicht dar, dass das Berufungsgericht substantiierten Vortrag der Beklagten zu einem Widerspruch nach Art. 12 § 2 Abs. 2 Satz 2 AdoptG verfahrensordnungswidrig übergangen hätte. Erstinstanzlich hat die Beklagte lediglich mit Nichtwissen bestritten, dass es sich bei dem Kläger um einen Adoptivsohn des Erblassers handelt und dessen Aktivlegitimation in Abrede gestellt. Irgendeinen Tatsachenvortrag zu Art. 12 § 2 Abs. 2 Satz 2 AdoptG hat die Beklagte in den Instanzen nicht gehalten. Das Berufungsgericht hat auch nicht – wie die Beklagte meint – gegen § 139 ZPO verstoßen, indem es vor seiner Entscheidung gehörswidrig nicht auf eine sekundäre Darlegungslast des Klägers hingewiesen hat. Die sekundäre Darlegungslast entsteht erst dann, wenn die primär darlegungs- und beweisbelastete Partei Anknüpfungstatsachen schlüssig vorgetragen hat und sich daraus eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit ihres Vortrags ergibt (vgl. Senatsurteil vom 17.12.2014, IV ZR 90/13, VersR 2015, 271 Rdnr. 21). Daran fehlt es.

**ANMERKUNG:**

Von Notar Dr. **Martin Soutier**, Roth

Der BGH hat vor Kurzem eine wichtige Entscheidung getroffen, die sich im Wesentlichen mit folgender Kernfrage beschäftigt: Kann man mit einer Rechtswahl zu einem ausländischen Erbrecht die Anwendung der deutschen Pflichtteilsvorschriften vermeiden? Alle Personen, welche in Deutschland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, werden bekanntlich im Grundsatz unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit nach deutschem Recht beerbt, Art. 21 Abs. 1 EuErbVO. Ausländer können jedoch durch eine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO auch das Recht ihrer Staatsangehörigkeit als das für die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht bestimmen. Einige Rechtsordnungen, wie zum Beispiel das englische Recht, kennen kein dem deutschen Recht vergleichbares Pflichtteilsrecht im Sinne einer grundsätzlich unentziehbaren und bedarfsunabhängigen Mindestbeteiligung von Abkömmlingen am Nachlass des Erblassers. Im Fall des BGH hat ein englischer Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland eine Rechtswahl zu seinem englischen Heimatrecht getroffen und seinen Sohn enterbt. Hiernach würde der Sohn vollständig leer ausgehen. Es stellt sich daher die Frage, ob ein solches Rechtsanwendungsergebnis zu akzeptieren ist oder ob aufgrund des *ordre-public-Vorbehalts* gemäß Art. 35 EuErbVO das deutsche Pflichtteilsrecht doch zur Anwendung gebracht werden kann bzw. muss.

### 1. Allgemeines zum *ordre public*

Für diejenigen Leser, die bislang noch keine Gelegenheit hatten, sich intensiver mit dem Internationalen Privatrecht zu befassen, sei an dieser Stelle noch einmal kurz zusammengefasst, worum es sich bei dem sog. „*ordre public*“ eigentlich handelt. Das Internationale Privatrecht bestimmt bekanntlich, welches nationale Recht in einem konkreten Sachverhalt zur Anwendung gelangt. Dem liegt ein gegenseitiger Respekt der Rechtsordnungen zugrunde, weil nationale Gerichte verpflichtet sind, neben ihren eigenen Landesvorschriften gelegentlich auch ausländische Normen anzuwenden. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn diese ausländischen Rechtsvorschriften im konkreten Einzelfall zu einem anderen Ergebnis führen, als dies bei Anwendung der eigenen Rechtsordnung der Fall wäre. Ein Vergleich zwischen den Rechtsordnungen findet normalerweise nicht statt. Dieser Grundsatz kann freilich nicht schrankenlos gelten, weil die nationalen Gerichte sonst ggf. verpflichtet wären, ausländische Vorschriften anzuwenden, die gegen die Grundsätze der eigenen Rechtsordnung (insbesondere der nationalen Verfassung) verstoßen würden. Regelungen zum Internationalen Privatrecht enthalten daher regelmäßig einen sog. *ordre-public-Vorbehalt*, also eine Begrenzung der eigentlich anwendbaren ausländischen Rechtsordnung, wenn deren Anwendung aus Sicht der Rechtsordnung des zuständigen Gerichts „gegen die öffentliche Ordnung“ verstößt und somit zu einem untragbaren Ergebnis

führen würde.<sup>1</sup> Ein bekannter Anwendungsfall hierfür ist aus deutscher Sicht zum Beispiel die Regelung in einigen islamischen Rechtsordnungen, wonach die gesetzliche Erbquote von Töchtern generell geringer ist als die von Söhnen.<sup>2</sup> Eine solche Benachteiligung wegen des Geschlechts verstößt aus deutscher Sicht klar gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 3 GG und kann daher regelmäßig nicht hingenommen werden. Ob hingegen das Fehlen von Pflichtteilsansprüchen von Abkömmlingen in einigen ausländischen Rechtsordnungen wie der englischen einen *ordre-public-Verstoß* begründen kann, ist wesentlich weniger eindeutig und bereits seit Inkrafttreten der EuErbVO (und auch schon davor auf Grundlage des EGBGB) umstritten.

### 2. Pflichtteilsrecht als Teil des deutschen *ordre public*

Auch ich selbst habe in meiner Dissertation aus dem Jahr 2015, welche sich mit den Auswirkungen der damals gerade erst in Kraft getretenen EuErbVO auf das deutsche Recht beschäftigt, (unter anderem) dieses Problem untersucht und dort versucht herauszuarbeiten, dass es sich eigentlich um zwei unterschiedliche Fragen handelt.<sup>3</sup> Die erste Frage ist, ob Art. 35 EuErbVO in solchen Fällen (Unterschiede im Pflichtteilsrecht) überhaupt grundsätzlich anwendbar ist. Dies ist eine Frage der Auslegung der EuErbVO und somit (da es sich um eine europäische Verordnung handelt) durch autonome Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu ermitteln.<sup>4</sup> Eine andere Frage ist, ob das Fehlen eines Pflichtteilsanspruchs dann auch tatsächlich gegen den deutschen *ordre public* verstößt. Dies ist eine Frage des deutschen Rechts, da die EuErbVO den Mitgliedstaaten nicht vorschreiben kann und will, wie diese ihre öffentliche Ordnung definieren.<sup>5</sup> Zur ersten Frage enthält die EuErbVO in ihrer heutigen Fassung keine eindeutigen Regelungen. Entscheidend dürfte jedoch sein, dass im ersten Kommissionsentwurf zur EuErbVO tatsächlich noch vorgesehen war, dass ein *ordre-public-Verstoß* nicht allein deshalb angenommen werden kann, weil die anwendbare Rechtsordnung das Pflichtteilsrecht anders regelt als am Ort des angerufenen Gerichts.<sup>6</sup> Diese Einschränkung wurde im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens aufgegeben. Aus Sicht der EuErbVO können Unterschiede im Pflichtteilsrecht daher grundsätzlich eine Anwendung des *ordre-public-Vorbehalts* rechtfertigen. Zur zweiten Frage, ob das Pflichtteils-

1 Vgl. auch Erwägungsgrund 58 EuErbVO.

2 Vgl. zum Beispiel OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2008, I-3 Wx 51/08, ZEV 2009, 190; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.05.2010, 20 W 4/10, ZEV 2011, 135; OLG München, Beschluss vom 08.12.2020, 31 Wx 248/20, FamRZ 2021, 810.

3 Soutier, Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung, NotRV Band 43, S. 189, 202 ff.

4 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 27.01.2005, Rs. C18803 C-188/03, Schulter-Euler/Swane, ErbR 2014, 429.

5 So auch der BGH in seiner Entscheidung Rdnr. 31.

6 Kommissionsentwurf vom 14.10.2009, Art. 27 Abs. 2.



recht der Abkömmlinge zum deutschen *ordre public* gehört, beruft sich der BGH insbesondere auf eine Grundsatzentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2005. Hiernach folgt aus Art. 14 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 GG nicht nur, dass das Pflichtteilsrecht eine verfassungsgemäße Einschränkung der Testierfreiheit des Erblassers sei; vielmehr sei das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge im Sinne einer grundsätzlich unentziehbaren und bedarfsunabhängigen Mindestbeteiligung am Nachlass der Eltern selbst grundrechtlich geschützt.<sup>7</sup> Aufgrund dieser verfassungsmäßigen Verankerung des Pflichtteilsrechts ist dem BGH beizupflichten, dass dieses im Grundsatz zum deutschen *ordre public* zu zählen ist.<sup>8</sup>

### 3. Schranken des *ordre-public-Vorbehalts*

Was folgt daraus nun für die notarielle Praxis? Häufig wird der Notar im Rahmen erbrechtlicher Beratungen nach Möglichkeiten zur Pflichtteilsminimierung von in Ungnade gefallen Abkömmlingen befragt. Eine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO war hierbei schon bislang nur in den Fällen möglich bzw. sinnvoll, in denen der Erblasser Ausländer ist und sein Heimatrecht ein weniger strenges Pflichtteilsrecht als das deutsche vorsieht. Dies ist neben dem englischen Recht auch bei den meisten anderen Rechten des angloamerikanischen (Australien, USA) oder des islamischen Rechtskreises der Fall, nicht hingegen bei den romanischen Rechtsordnungen (Frankreich, Italien, Spanien, Portugal etc.), da letztere im Vergleich zum deutschen Recht häufig sogar noch strengere Mindestbeteiligungen der Abkömmlinge in Form von dinglich wirkenden Noterbrechten beinhalten.<sup>9</sup> Kann man dem deutschen Pflichtteilsrecht nach der Entscheidung des BGH nunmehr durch eine Rechtswahl zum Heimatrecht gar nicht mehr „entkommen“? So kann bzw. darf man die Entscheidung des BGH meines Erachtens nicht verstehen. Die Anwendung des *ordre-public-Vorbehalts* muss die Ausnahme bleiben, da andernfalls der Grundsatz des Art. 23 Abs. 2 lit. h) EuErbVO, wonach das Pflichtteilsrecht dem regulären Erbstatut unterliegt, umgangen würde. Art. 35 EuErbVO unterliegt – selbst bei Annahme eines Verstoßes gegen wesentliche Grundzüge der eigenen Rechtsordnung – zwei wesentlichen Einschränkungen:

#### a) Inlandsbezug

Eine davon betont der BGH in seiner Entscheidung selbst, nämlich dass der *ordre-public-Vorbehalt* einen hinreichend starken Inlandsbezug voraussetzt. Ein Eingriff in die eigentlich anwendbare ausländische Rechtsordnung wegen Verstoßes gegen eigene nationale Rechtsgrundsätze ist nur gerechtfertigt, wenn sich der zugrunde liegende Sachverhalt auch auf das eigene Staatsgebiet

konkret auswirkt.<sup>10</sup> In dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Sachverhalt handelte es sich – abgesehen von der Staatsangehörigkeit des Erblassers – beinahe um einen reinen Inlands Sachverhalt: Der Erblasser und der Sohn hatten beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt seit langer Zeit in Deutschland, Letzterer war auch deutscher Staatsangehöriger, der gesamte Nachlass des Erblassers befand sich in Deutschland. Dies war also ein relativ klarer Fall. Weniger eindeutig wäre das Ergebnis gewesen, wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst im Ausland gelebt hätte oder sich der wesentliche Nachlass nicht in Deutschland, sondern in einem anderen Land befunden hätte. Wie stark der Inlandsbezug genau sein muss, damit deutsche Gerichte den *ordre-public-Vorbehalt* zur Durchsetzung des deutschen Pflichtteilsrechts anwenden können, lässt sich allgemein nicht beantworten und ist eine Frage des Einzelfalls. Meines Erachtens wäre ein entsprechender Inlandsbezug regelmäßig nicht mehr gegeben, wenn der pflichtteilsberechtigte Abkömmling weder deutscher Staatsbürger ist noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Allein der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers in Deutschland oder die Belegenheit des Nachlassvermögens im Inland rechtfertigt nicht den Eingriff in die nach der EuErbVO eigentlich anwendbare ausländische Erbrechtsordnung, wenn der Pflichtteilsberechtigte (um dessen Schutz es geht) keine eigene Verbindung zu Deutschland hat. Schwieriger zu entscheiden und vom jeweiligen Einzelfall abhängig dürften die Fälle sein, in denen der Pflichtteilsberechtigte zwar deutscher Staatsbürger ist, aber im Ausland lebt oder zwar Ausländer ist, aber seinen Lebensmittelpunkt in Deutschland hat. Da die Art. 14 und 6 GG keine Grundrechte sind, die nur deutschen Staatsbürgern zugute kommen, ist die Anwendung des *ordre-public-Vorbehalts* auch in solchen Fällen denkbar. Der BGH betont in seiner Entscheidung etwa, dass es für die Anwendung des *ordre-public-Vorbehalts* entscheidend sei, dass die durch das Pflichtteilsrecht zu schützende Familienbeziehung zwischen Erblasser und Abkömmling ihren Mittelpunkt in Deutschland haben muss.

#### b) Kompensationsmöglichkeit

Weniger deutlich spricht der BGH in seinem Urteil eine andere allgemeine Beschränkung des *ordre-public-Vorbehalts* an: Die Nichtanwendung der fremden Rechtsordnung setzt voraus, dass das *konkrete Rechtsergebnis im Einzelfall* mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar ist; es findet hingegen keine „abstrakte Normenkontrolle“ der ausländischen Rechtsvorschrift statt.<sup>11</sup> Wenn das ausländische Recht

7 BVerfG, Beschluss vom 19.04.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332 ff.

8 Krit. hingegen *Schmidt*, FamRZ 2022, 1493 ff.; *Lehmann*, ZEV 2021, 701 f.

9 Vgl. zum Beispiel Art. 913 franz. CC, Art. 808, 823 span. CC sowie NK-BGB *Nomos/Frank*, 5. Aufl. 2018, Länderbericht Italien Rdnr. 101 ff., Länderbericht Frankreich Rdnr. 125 ff.; Länderbericht Spanien Rdnr. 61 ff.; Länderbericht Portugal Rdnr. 30 ff.

10 Vgl. zum Beispiel BGH, Urteil vom 11.10.2006, XII ZR 79/04, BGHZ 169, 240; BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/1968, BVerfG, NJW 1971, 1509.

11 Allg. Meinung, vgl. Erwägungsgrund 58 Satz 1 EuErbVO; BGH, Beschluss vom 14.11.2018, XII ZB 292/16, NZFam 2019, 65, Rn. 40; BVerfG, Beschluss vom 04.05.1971, 1 BvR 636/68, NJW 1971, 1509; MünchKomm-BGB, v. Hein, 8. Aufl. 2020, Art. 6 EGBGB, Rdnr. 147; Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2021, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 5.

also für enterbte Abkömmlinge ebenfalls Ausgleichsansprüche vorsieht, können diese das Fehlen eines Pflichtteilsanspruchs nach deutschem Vorbild kompensieren, auch wenn Voraussetzungen und Rechtsfolgen nicht identisch sind. Das BVerfG hat in der vom BGH zitierten Grundsatzentscheidung selbst deutlich gemacht, dass zwar das Bestehen eines Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge verfassungsrechtlich garantiert sei. Bei seiner genauen Ausgestaltung habe der Gesetzgeber aber einen erheblichen Gestaltungsspielraum, zum Beispiel bezüglich dessen genauer Höhe, möglicher Pflichtteilsentziehungsgründe oder ob es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch oder eine dingliche Beteiligung handelt.<sup>12</sup> Das englische Recht kennt zum Beispiel zwar kein dem deutschen Recht entsprechendes Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge, hingegen eine im Ermessen des Tatrichters stehende Möglichkeit, enterbten Abkömmlingen entsprechend ihrer Bedürfnisse einen unterhaltsähnlichen Ausgleich zuzuerkennen.<sup>13</sup> Eine solche Regelung wäre aus deutscher Sicht nach den Vorgaben des BVerfG nicht verfassungsgemäß, da Art. 14 GG i. V. m. Art. 6 GG gerade einen „bedarfsunabhängigen“ Mindestanspruch der Abkömmlinge voraussetzt.<sup>14</sup> Auf diese abstrakte Übereinstimmung der Rechtsvorschriften kommt es für die Anwendung des ordre-public-Vorbehalts nach dem Vorgesagten aber gerade nicht an; entscheidend ist, ob im konkreten Einzelfall ein Anspruch nach dem anwendbaren ausländischen Recht besteht, der das Fehlen eines Pflichtteilsanspruchs kompensiert. Im vorliegenden Fall hat der BGH relativ lapidar festgestellt, dass ein solcher Kompensationsanspruch nach englischem Recht von vornherein ausscheide, da dieser tatbestandlich voraussetze, dass der Abkömmling ein domicile in England oder Wales habe. Dies ist allerdings meines Erachtens zu kurz gesprungen. Es ist anerkannt, dass bei einem ordre-public-Verstoß die ausländische Rechtsvorschrift nicht einfach durch die entsprechende nationale Regelung ersetzt werden kann; vielmehr ist, soweit möglich, die entstehende Lücke durch das ausländische Recht (*lex causae*) zu schließen. Vor diesem Hintergrund und entsprechend des Grundsatzes des möglichst schonenden Eingriffs in die fremde Rechtsordnung wäre es meines Erachtens sinnvoller, das Tatbestandsmerkmal domicile in England oder Wales nach englischem Recht zu substituieren und somit die ausländische Regelung auch dann entsprechend anzuwenden, wenn der Pflichtteilsberechtigte wie im Fall des BGH seinen Wohnsitz und gewöhnli-

chen Aufenthalt in Deutschland hat.<sup>15</sup> Dies stellt zwar einen Eingriff in die ausländische Rechtsordnung dar; ein solcher ist aber immer noch milder, als einfach das eigene nationale Recht heranzuziehen. Letzteres ist aus Sicht eines deutschen Gerichts freilich angenehm; im Rahmen des ordre-public-Vorbehalts muss sich das deutsche Gericht aber grundsätzlich die Arbeit machen und prüfen, ob nach dem an sich anwendbaren ausländischen Recht ein Kompensationsanspruch besteht. Da zumindest das englische Recht entsprechend flexibel ist und Ansprüche nach einer Mindestbeteiligung der Abkömmlinge sehr weitgehend in das Ermessen des Tatrichters stellt, können die verfassungsrechtlichen Vorgaben des deutschen Rechts häufig auch innerhalb der englischen Rechtsnormen zur Durchsetzung gebracht werden, zum Beispiel dadurch, dass das entsprechende Ermessen gemäß Section 2 (1) Inheritance Act so ausgeübt wird, dass die Anforderungen der Art. 14 und 6 GG im konkreten Einzelfall erfüllt sind. Eine direkte Anwendung der deutschen pflichtteilsrechtlichen Vorschriften ist dann regelmäßig nicht veranlasst.

#### 4. Belehrungspflicht des Notars?

Zusammenfassend kann man somit nicht pauschal sagen, dass eine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO zu einer Rechtsordnung ohne entsprechendes Pflichtteilsrecht aus Sicht des Erblassers nie einen Vorteil bringt. Richtig ist freilich, dass eine Anwendung des Art. 35 EuErbVO in solchen Fällen naheliegt. Es stellt sich daher die Frage, ob der Notar im Rahmen seiner Belehrungspflicht darauf hinweisen muss, dass eine erbrechtliche Rechtswahl möglicherweise nur eingeschränkt anerkannt wird.<sup>16</sup> Dies ist richtigerweise nicht generell der Fall. Der Notar muss gemäß § 17 Abs. 3 BeurkG grundsätzlich nicht über ausländische Rechtsordnungen belehren. Das deutsche Internationale Privatrecht und die EuErbVO als in Deutschland unmittelbare geltende europäische Verordnung stellen hingegen kein ausländisches Recht dar.<sup>17</sup> Somit kann sich die Belehrungspflicht des Notars in bestimmten Fällen auch auf Art. 35 EuErbVO erstrecken. Um beurteilen zu können, ob der ordre-public-Vorbehalt tatsächlich eingreift, bedarf es jedoch eines genauen Vergleichs des anwendbaren ausländischen Rechtsergebnisses mit dem deutschen Recht. Hierzu ist der Notar nicht verpflichtet. Da Art. 35 EuErbVO zudem eine Ausnahmenvorschrift darstellt, die nur in Extremfällen eingreift, kann dem Notar nicht zugemutet werden, standardmäßig und ohne konkreten Anlass hierauf hinzu-

12 BVerfG, Beschluss vom 19.04.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332 Rdnr. 77.

13 Section 2 Inheritance Act, vgl. auch MünchKomm-BGB/Dutta, 8. Aufl. 2021, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 8 m. w. N.

14 BVerfG, Beschluss vom 19.04.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332 unter C I. 2.

15 Näher hierzu *Soutier*, Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung, NotRV Band 43, S. 225 ff.; in die gleiche Richtung mit dem Argument, dass es sich bei dem Begriff „domicile“ nicht um eine materielle Anspruchsvoraussetzung des englischen Inheritance Act, sondern eine internationale Zuständigkeitsvorschrift des englischen Rechts handle, die wegen der EuErbVO aus deutscher Sicht gar nicht anwendbar sei: *Schmidt*, FamRZ 2022, 1493, 1494.

16 Hierfür *Bühler*, notar 2022, 191, 199.

17 *Winkler*, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 17 Rdnr. 271 m. w. N.



weisen. Allenfalls in den Fällen, in denen der Notar freiwillig über das ausländische Recht belehrt hat,<sup>18</sup> oder aus anderen Gründen deutlich erkennbar ist, dass die gewählte ausländische Rechtsordnung im Vergleich zum deutschen Recht erhebliche Defizite im Pflichtteilsrecht vorsieht, kann eine Pflicht über eine mögliche Einschlägigkeit des *ordre-public*-Vorbehalts bejaht werden.

## 5. Vergleich mit alternativen Sachverhalten

Die Entscheidung des BGH gibt schließlich Anlass zu der Frage, ob der *ordre-public*-Vorbehalt auch in anderen Sachverhalten zum Schutz des deutschen Pflichtteilsrechts heranzuziehen ist.

### a) Pflichtteilsrecht des Ehegatten und der Eltern

Wie wäre der vorliegende Fall zu entscheiden gewesen, wenn Pflichtteilsberechtigter nicht der Sohn gewesen wäre, sondern wenn der Erblasser seine Ehefrau oder seine Eltern (bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2309 BGB) enterbt hätte? Gehört auch das Pflichtteilsrecht des Ehegatten oder der Eltern zur öffentlichen Ordnung im Sinne der deutschen Rechtsordnung? Diese Frage lässt sich nicht so eindeutig beantworten, da das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2005 nur das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge angesprochen hat; ob auch das Pflichtteilsrecht anderer Personen zum Schutzbereich der Grundrechte gehört, wurde offen gelassen. Meines Erachtens spricht jedoch viel dafür, auch das Pflichtteilsrecht des Ehegatten miteinzubeziehen.<sup>19</sup> Das BVerfG hat die Grundrechtsrelevanz des Pflichtteilsanspruchs der Abkömmlinge nicht allein aus Art. 14 GG, sondern insbesondere auch aus Art. 6 GG abgeleitet.<sup>20</sup> Da Art. 6 GG aber bekanntlich nicht nur die Familie, sondern insbesondere auch die Ehe unter den besonderen Schutz des GG stellt, liegt es nahe, dass auch eine erbrechtliche Mindestbeteiligung des Ehegatten verfassungsrechtlich garantiert ist und somit zum deutschen *ordre public* gehört. Die entsprechende rechtliche Solidarität zwischen den Ehegatten kommt (ähnlich wie die zu den Abkömmlingen) auch im Unterhaltsrecht zum Ausdruck.

Weniger eindeutig dürfte dies für das Pflichtteilsrecht der Eltern sein. Zwar gehören natürlich auch die Eltern zur Familie im Sinne von Art. 6 GG. Andererseits ist das Pflichtteilsrecht der Eltern auch nach deutschem Recht relativ schwach ausgestaltet (vgl. § 2309 BGB). Gleiches gilt im Unterhaltsrecht, wo bekanntlich für den Elternunterhalt deutlich strengere Maßstäbe (insbesondere hinsichtlich des Selbstbehalts) gelten als für den Kindesunterhalt.<sup>21</sup> Dem liegt der allgemeine Grundsatz des deutschen

Rechts zugrunde, dass die rechtliche Verantwortung der Eltern gegenüber ihren Kindern stärker ist als im umgekehrten Verhältnis. Dies spricht dagegen, das Pflichtteilsrecht der Eltern als wesentlichen Grundsatz der deutschen Rechtsordnung im Sinne des *ordre-public*-Vorbehalts einzustufen.<sup>22</sup>

### b) Wegzugsfälle

Eine andere interessante Konstellation liegt vor, wenn der Erblasser keine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO trifft, sondern durch eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts in ein Land ohne entsprechendes Pflichtteilsrecht für einen Wechsel des anwendbaren Erbrechts gemäß Art. 21 EuErbVO sorgt. Dies wäre etwa der Fall gewesen, wenn der Erblasser in dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Sachverhalt in sein Heimatland England umgezogen wäre. Ein solcher Wegzugsfall kann im Unterschied zu einem Rechtswahlfall auch eintreten, wenn der Erblasser deutscher Staatsangehöriger ist. Für einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts genügt es aber freilich nicht, dass der Erblasser nur einen Wohnsitz im Ausland anmeldet oder im Ausland eine Immobilie erwirbt oder anmietet, dort aber faktisch nicht wohnt. Erforderlich ist es vielmehr, dass der Erblasser seine Lebensumstände so ändert, dass eine besonders enge und feste Beziehung zu dem anderen Staat entsteht, die die Rechtsbeziehungen zum bisherigen Heimatstaat überwiegen.<sup>23</sup> Zu einer solchen Verlagerung des Lebensmittelpunkts allein wegen des künftigen Pflichtteilsrechts wird man wohl in der Praxis nur in wenigen Fällen raten können. Überlegt der Erblasser aber ohnehin, dauerhaft ins Ausland umzuziehen, kann die Änderung des anwendbaren Erbrechts ein angenehmer Nebeneffekt sein.

#### aa) Vorsicht vor Rückverweisung

Bei einem Umzug in ein Land, das nicht im Anwendungsbereich der EuErbVO liegt, ist aber zu beachten, dass hier ggf. abweichende Regelungen zum Internationalen Privatrecht gelten und es somit zu einer Rückverweisung auf deutsches Recht nach Art. 34 Abs. 1 EuErbVO kommen kann. Das englische Recht beispielsweise knüpft das anwendbare Erbrecht im Grundsatz an das sog. *domicile an*.<sup>24</sup> Der Begriff des *domicile* ist nicht völlig identisch mit dem des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne von Art. 21 EuErbVO. Ein Wechsel des *domicile of choice* setzt neben einem Wechsel des Wohnsitzes den Willen voraus, am neuen Ort dauerhaft oder zumindest für unbestimmte Zeit zu bleiben und nicht mehr zum früheren *domicile* zurückzukehren, unterliegt also regelmäßig strengeren Voraussetzungen als ein Wechsel des gewöhnlichen Auf-

18 Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 6. Aufl. 2021, Teil 7 Kap. 1 Rdnr. 58 ff.

19 Ebenso BeckOK-BGB/Lorenz, Stand: 01.05.2022, Art. 25 EGBGB Rdnr. 63; a. A. Bühler, notar 2022, 191, 197.

20 BVerfG, Beschluss vom 19.04.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332 ff., bestätigt mit Beschluss vom 26.11.2018, 1 BvR 1511/14, ZEV 2019, 79.

21 Vgl. zum Beispiel BGH, Urteil vom 23.10.2002, XII ZR 266/99, NJW 2003, 128.

22 Ebenso Bühler, notar 2022, 191, 197.

23 Vgl. Erwägungsgrund 23 EuErbVO; Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, § 15 Rdnr. 20.

24 Süß/Odersky, Erbrecht in Europa, 4. Aufl. 2020, Großbritannien: England und Wales.

enthalt.<sup>25</sup> Wenn somit beispielsweise aus Sicht der EuErbVO ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts nach England vorliegt, aus Sicht des englischen Rechts der Erblasser sein domicile aber immer noch in Deutschland hat, findet im Ergebnis doch wieder deutsches Erbrecht Anwendung. Art. 21 EuErbVO verweist zwar auf englisches Recht, dieses nimmt die Verweisung jedoch nicht an, sondern ordnet eine Rückverweisung auf das deutsche Recht an. Diese Rückverweisung wird gemäß Art. 34 Abs. 1 EuErbVO angenommen, da es sich nicht um einen Fall des Art. 34 Abs. 2 EuErbVO handelt (wonach bei Rechtswahlen und anderen bestimmten Fällen Rück- und Weiterverweisungen aus Sicht der EuErbVO unbeachtlich sind).

bb) ordre-public-Vorbehalt auch bei Wegzugsfällen relevant

Im Hinblick auf die aktuelle Entscheidung des BGH stellt sich zudem die Frage, ob in diesen Fällen (der Erblasser ist also ins Ausland verzogen und dort verstorben) der ordre-public-Vorbehalt eingreifen kann. Dies ist grundsätzlich der Fall, da Art. 35 EuErbVO nach seinem klaren Wortlaut in allen Fällen anwendbar ist, in denen eine fremde Rechtsordnung zur Anwendung gelangt, also nicht nur in den Rechtswahlfällen, sondern auch in den Wegzugsfällen. In letzteren wird jedoch der auch vom BGH geforderte notwendige Inlandsbezug ganz besonders streng zu prüfen sein. Nur wenn der Pflichtteilsberechtigte nach wie vor in Deutschland lebt und die durch das Pflichtteilsrecht zu schützende Familienbeziehung zwischen Erblasser und Abkömmling lange Zeit ihren Mittelpunkt in Deutschland hatte, kann eine Anwendung des ordre-public-Vorbehalts in Betracht kommen. Je länger hingegen der Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts ins Ausland und die Familienbeziehungen in Deutschland in der Vergangenheit liegen, desto weniger dürfte ein Rückgriff auf Art. 35 EuErbVO legitim sein.

cc) Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Wegzugsfällen?

In den Wegzugsfällen stellt sich neben den materiellen Rechtsproblemen jedoch zusätzlich noch vorrangig die prozessuale Frage, wie ein in Deutschland lebender Pflichtteilsberechtigter einen behaupteten ordre-public-Verstoß überhaupt gerichtlich geltend machen kann. Zuständig für den Nachlass sind nach Art. 4 EuErbVO eigentlich die ausländischen Gerichte am letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers. Eine Klage dort macht für den Pflichtteilsberechtigten aber keinen Sinn, da die ausländischen Gerichte im Rahmen des Art. 35 EuErbVO nur ihren eigenen ordre public, nicht jedoch die deutschen Rechtsgrundsätze berücksichtigen können. Es müsste also eine Klage vor einem deutschen Gericht zulässig sein. Eine Zuständigkeit eines nationalen Gerichts speziell für die Geltendmachung eines ordre-public-Verstoßes sieht die EuErbVO hingegen nicht vor. Vielmehr ist es genau anders herum: Ein nationales Gericht

darf seine nationalen Rechtsgrundsätze über den ordre-public-Vorbehalt des Art. 35 EuErbVO nur dann zur Anwendung bringen, wenn es für die Entscheidung über diese Nachlassangelegenheit international zuständig ist. Hierfür kommt eine subsidiäre Zuständigkeit nach Art. 10 EuErbVO bei vorhandenem Inlandsvermögen in Betracht; ist auch solches nicht vorhanden, kann ein deutsches Gericht allenfalls noch eine Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO begründen, weil es unmöglich ist, einen Verstoß gegen den deutschen ordre public vor einem ausländischen Gericht geltend zu machen. Sowohl Art. 10 als auch Art. 11 EuErbVO setzen indes nach ihrem klaren Wortlaut voraus, dass kein Gericht eines Mitgliedstaats aufgrund der allgemeinen Vorschriften der EuErbVO zuständig ist. Hieraus folgt: Ist der Erblasser in einen Drittstaat verzogen, können deutsche Gerichte eine Zuständigkeit aus Art. 10 bzw. 11 EuErbVO herleiten. Hierzu sind sie im Zweifel auch verpflichtet, um die verfassungsrechtlichen Vorgaben des deutschen Pflichtteilsrechts über eine Anwendung des Art. 35 EuErbVO tatsächlich durchsetzen zu können. Liegt hingegen ein Wegzug in einen anderen Mitgliedstaat vor, besteht für deutsche Gerichte nach der EuErbVO keine Möglichkeit, eine internationale Zuständigkeit zu begründen. Da die EuErbVO die internationale Zuständigkeit für Entscheidungen in Erbsachen abschließend regeln will, kann eine solche Zuständigkeit auch nicht unter Rückgriff auf das nationale Recht hergeleitet werden. Dies würde gegen den Anwendungsvorrang des Europarechts verstoßen. Der Pflichtteilsberechtigte hat in diesen Fällen keine Möglichkeit, den aus deutscher Sicht vorliegenden ordre-public-Verstoß gerichtlich geltend zu machen. Dieses Ergebnis ist in der Praxis weniger dramatisch, als es auf den ersten Blick scheint. England ist spätestens seit dem Brexit ohnehin nicht mehr Teil der EU. Aber auch Irland und Dänemark zählen richtigerweise nicht zu den „Mitgliedstaaten“ im Sinne der Art. 10 und 11 EuErbVO, da hierunter nach Sinn und Zweck nicht sämtliche Mitgliedstaaten der EU zu verstehen sind, sondern nur diejenigen, die sich an der EuErbVO beteiligt haben.<sup>26</sup> Letztere verfügen, soweit ersichtlich, ganz überwiegend über Pflichtteils- oder Noterbrechte, die die Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts erfüllen dürften. Die „Zuständigkeitslücke“ dürfte sich also derzeit kaum auswirken. Anders könnte dies jedoch sein, wenn sich künftig (zum Beispiel im Rahmen einer EU-Erweiterung) weitere Länder an der EuErbVO beteiligen oder in einem Mitgliedstaat das nationale Erbrecht dergestalt geändert wird, dass es kein hinreichendes Pflichtteils- oder Noterbrecht naher Angehöriger mehr vorsieht.

<sup>25</sup> Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 7 Kap. 1 Rdnr. 92; Lehmann, ZEV 2021, 698, 701.

<sup>26</sup> Ebenso MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 1 EuErbVO Rdnr. 30 m. w. N.

## 18. Nachweis der Eigentümerstellung gegenüber dem Grundbuchamt durch Europäisches Nachlasszeugnis

KG, Beschluss vom 22.09.2022, 1 W 348/22, mitgeteilt von **Constanze Muratori**, Richterin am KG

*Codice Civile (Italien) Art. 649, 733, 734*

*EuErbVO Art. 1 Abs. 2, 23, 32, 63 Abs. 2, 31, 63 Abs. 2, Abs. 2 69 Abs. 2 GBO §§ 22, 35*

### LEITSATZ:

**Die Zuweisung eines Grundstücks an einen von mehreren Erben in Anlage IV Ziffer 9 eines Europäischen Nachlasszeugnisses ist bei italienischem Erbstatut hinreichende Grundlage für eine berichtigende Eintragung des Erben als Alleineigentümer im Grundbuch.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und hat auch in der Sache Erfolg.

2 Der Beteiligte ist gemäß § 22 GBO antragsgemäß berichtigend als Alleineigentümer im Grundbuch einzutragen, denn er hat mit dem vorgelegten Europäischen Nachlasszeugnis vom 13.04.2022 der Notarin Dr. M(...) A(...) in M (Register Nr. [...], Urkundenrolle Nr. [...]) nachgewiesen, dass das Grundbuch unrichtig und anstelle der eingetragenen Eigentümerin nunmehr der Beteiligte Alleineigentümer des im Beschlusseingang bezeichneten Wohnungseigentums ist.

3 Ausweislich des Europäischen Nachlasszeugnisses ist die eingetragene Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentums verstorben und aufgrund gewillkürter Erbfolge von dem Beteiligten und (...) beerbt worden. Das Nachlasszeugnis weist in Anhang A (Formblatt V Anlage IV) unter Ziffer 9 ferner aus, dass (nur) dem Beteiligten „die Immobilieneinheit, gelegen in (...) Berlin (Deutschland), im Grundbuch von Friedrichshain eingetragen unter der Nummer (...) zugewiesen wurde.“

4 Auf die Rechtsnachfolge findet gemäß Art. 21 Abs. 1 EuErbVO italienisches Recht Anwendung, weil die Erblasserin zum Zeitpunkt ihres Todes ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Italien hatte (Ziffer 8 des Europäischen Nachlasszeugnisses). Das italienische Erbrecht sieht vor, dass auch einem Erben ein (Voraus-)Vermächtnis zugewandt werden kann. Ist Gegenstand eines Vermächtnisses das Eigentum an einer bestimmten Sache oder ein anderes dem Erblasser zustehendes Recht, so geht das Eigentum oder das Recht mit dem Tode des Erblassers von diesem auf den Vermächtnisnehmer über, ohne dass es dazu einer Annahme bedarf (Art. 649 Abs. 1 und 2 CC). Bei Einsetzung mehrerer Erben kann der Erblasser eine Teilungsanordnung treffen, die die Erben nur schuldrechtlich bindet (Art. 733 CC), oder er kann den Nachlass gemäß Art. 734 CC mit dinglicher Wirkung selbst teilen. Im letzteren Fall geht das Eigentum an den Einzelgegenständen im Augenblick der Erbschaftsannahme unmittelbar auf die als Erben bestimmten Personen über, ohne dass vorher eine Erbgemein-

schaft eingetreten wäre (Ferid/Firsching/Hausmann, Internationales Erbrecht, Italien, Rdnr. 670).

5 Vor diesem Hintergrund ist die Zuweisung des verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumsrechts an den Beteiligten in Ziffer 9 des Anhang A des Europäischen Nachlasszeugnisses ein hinreichender Beleg dafür, dass der Beteiligte durch den Erbfall, jedenfalls aber mit der in Ziffer 2 des Anhangs A nachgewiesenen Annahme der Erbschaft, Alleineigentümer des Wohnungseigentumsrechts geworden ist, ohne dass es hierfür einer Auseinandersetzung der Erbgemeinschaft bedurfte. Gemäß Art. 63 Abs. 2 lit. b EuErbVO soll ein Europäisches Nachlasszeugnis als Nachweis für die Zuweisung eines bestimmten Vermögenswertes des Nachlasses an die in dem Zeugnis als Erbe oder ggf. als Vermächtnisnehmer genannte Person verwendet werden können. Da die Bescheinigung der Erbquote bereits in Art. 63 Abs. 2 lit. a EuErbVO geregelt ist, muss sich der Begriff des „Vermögenswertes“ im Sinne von Art. 63 Abs. 2 lit. b auf einen anderen Aspekt beziehen. Wie aus anderen Sprachfassungen hervorgeht, sind mit „Vermögenswerten“ einzelne Nachlassgegenstände gemeint (Dutta/Weber/*Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2. Aufl., Art. 63 EuErbVO Rdnr. 34). Die betreffenden Gegenstände sind gemäß Art. 68 lit. I, m EuErbVO im Zeugnis anzugeben (*Fornasier*, a. a. O. Rdnr. 37). Eintragungen hierzu sind im Formblatt V Anlage IV Ziffer 9 bzw. Anlage V Ziffer 5 vorzunehmen. Wie bereits im Rahmen des Art. 63 Abs. 2 lit. a EuErbVO sind die Begriffe „Erben“ und „Vermächtnisnehmer“ im Sinne des Art. 63 Abs. 1 EuErbVO zu verstehen und beziehen sich somit nur auf Erben, auf die der Nachlass unmittelbar von Todes wegen ohne rechtsgeschäftliche Übertragungsakte übergeht, sowie auf Empfänger dinglich wirkender Vermächtnisse (OLG München, ZEV 2017, 580; OLG Nürnberg, ZEV 2017, 579; *Fornasier*, a. a. O. Rdnr. 34). Bei einer Eintragung in Formblatt V Anlage IV Ziffer 9 bzw. Anlage V Ziffer 5 kann es sich deshalb nicht um einen nur schuldrechtlichen Anspruch auf entsprechende Auseinandersetzung einer Erbgemeinschaft oder Übertragung eines Vermächtnisgegenstands handeln, sofern die Eintragung nicht ausdrücklich anderes kenntlich macht.

6 Es ist auch nicht anzuzweifeln, dass sich die in Formblatt V Anlage IV Ziffer 9 ausgewiesene Zuweisung auf das Eigentum an der Immobilie bezieht. Die Erblasserin war Eigentümerin des Wohnungseigentumsrechts. Mangels erkennbarer Einschränkungen beziehen sich Angaben über Zuweisungen „der Immobilie“ im Europäischen Nachlasszeugnis auf dieses Vollrecht. Es entspricht auch etwa im Falle der Übertragung allgemeinem Sprachgebrauch, dass mit der Übertragung einer Immobilie das Eigentum an dieser gemeint ist.

7 Gemäß Art. 69 Abs. 2 EuErbVO wird vermutet, dass das Europäische Nachlasszeugnis die festgestellten Sachverhalte zutreffend ausweist. Diese Vermutung ist hier – anders als in der von dem Grundbuchamt zitierten Entscheidung des OLG München vom 29.09.2020 (FGPrax 2020, 265) – nicht widerlegt. Nach dem jener Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ergab sich aus dem Vortrag der Antragstellerin im Grundbuchverfahren, dass ein dinglicher

Übergang des Eigentums an dem Nachlassgegenstand nicht schon mit dem Tode des Erblassers, sondern erst mit dem Abschluss eines Auseinandersetzungsvertrages erfolgt ist. Derartige Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses liegen hier nicht vor.

8 Der dem deutschen Recht unbekannt direkte Übergang des Eigentums an einem einzelnen Nachlassgegenstand auf einen von mehreren Erben ohne rechtsgeschäftliche Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ist aufgrund der Nachweise durch das Europäische Nachlasszeugnis für die Eintragung im deutschen Grundbuch anzuerkennen. Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 12.10.2017, C-218/16) sind Art. 1 Abs. 2 lit. k und l sowie Art. 31 EuErbVO dahin auszulegen, dass die Anerkennung der dinglichen Wirkung des Vindikationslegats, das dem anzuwendenden Erbstatut bekannt ist, von den Mitgliedstaaten nicht mit der Begründung abgelehnt werden kann, dass die Rechtsordnung des Belegenheitsstaates des betroffenen Grundstücks das Institut des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls nicht kennt. Der EuGH begründet dies mit der Einheitlichkeit des auf die Rechtsfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts gemäß Art. 23 Abs. 1 EuErbVO und mit dem 37. Erwägungsgrund der EuErbVO. Die Bereichsausnahmen in Art. 1 Abs. 2 lit. k und l EuErbVO beziehen sich nicht auf materiellrechtliche Vorschriften über Art und Weise des Übergangs dinglicher Rechte. Auch Art. 31 EuErbVO betrifft nicht die Modalitäten des Übergangs dinglicher Rechte, sondern nur die Wahrung ihres Inhalts bei der Rezeption in der *lex rei sitae* (EuGH, NJW 2017, 3767). Nichts anderes kann dann für eine unmittelbar dinglich wirkende Teilungsanordnung wie hier nach Art. 734 CC gelten. Diese bewirkt ebenso wie ein Vindikationslegat den direkten Eigentumserwerb des Erben, dem der Nachlassgegenstand zugewiesen wurde. Auch in diesem Fall wird kein dem deutschen Recht unbekanntes dingliches Recht begründet, sondern sind nur die Modalitäten des Eigentumsübergangs in anderer Weise als im deutschen Recht geregelt.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 19. Keine Herausgabe der Urschrift zwecks vergleichender Untersuchung durch gerichtlich bestellten Sachverständigen

LG Ingolstadt, Beschluss vom 30.12.2022, 51 T 464/22

*BeurkG § 45 Abs. 1, § 45a Abs. 1, § 47*  
*ZPO § 432 Abs. 1, § 435*

#### LEITSÄTZE:

1. **Sollte es für eine Beweisführung ausnahmsweise auf die in notarieller Verwahrung befindliche Urschrift ankommen und ein entsprechender Beweisbeschluss ergehen, muss bei der Beweisaufnahme die Pflicht des Notars, die in seiner Verwahrung befindliche Urschrift nicht herauszugeben, grundsätzlich beachtet werden; in diesem Fall müsste die Beweisaufnahme in den Geschäftsräumen des Notars stattfinden. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Der Beteiligte, der ein Recht auf Erteilung einer Ausfertigung und auf Einsicht in die Urschrift hat, kann zwar im Zivilprozess, falls das Gericht die Urschrift verlangen sollte (zum Beispiel nach § 435 ZPO), theoretisch den Urkundenbeweis durch den Antrag auf ein Mitteilungsersuchen nach § 432 Abs. 1 ZPO antreten. Auch in diesem Fall gilt jedoch § 47 BeurkG, wonach die Ausfertigung die Urschrift im Rechtsverkehr vertritt und deshalb als Urschrift im Sinne von § 435 Satz 1 ZPO anzusehen ist. § 47 BeurkG ist insoweit *lex specialis*. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

I. Die Beschwerdeführerin wendet sich mit der Beschwerde vom 25.02.2022 gegen die Weigerung des Notars (...), von ihm verwahrte Originalurkunden einem gerichtlich bestellten Sachverständigen zwecks vergleichender Untersuchung der auf den Urkunden befindlichen Originalunterschriften auszuhändigen.

Mit Beschluss vom 24.06.2021 hat das LG Ingolstadt im Verfahren (...) die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens über die Frage angeordnet, ob die Unterschrift unter der mit der Urschrift der Urkunde, URNr. (...), verbundenen und verwahrten Vollmacht von der Beschwerdeführerin stammt oder nicht.

Für die Erstellung des Sachverständigengutachtens sind Untersuchungen an der Originalvollmacht notwendig. Zu der Untersuchung ist die Verwendung folgender Gerätschaften notwendig:

- Mikroskop, Volumen ca. 1 Kubikmeter, Gewicht über 50 kg
- IRDA, Volumen ca. 1 Kubikmeter, Gewicht über 50 kg
- VSC, Volumen ca. 1 Kubikmeter, Gewicht über 50 kg
- ESDA, Volumen ca. 1/3 Kubikmeter, Gewicht ca. 20 kg

Der Transport dieser Gerätschaften an das Notariat ist grundsätzlich möglich, hierzu ist die Anmietung eines LKW mit 7,5 t, der Einsatz von mehreren Helfern sowie ein zeitlicher Aufwand von mehreren Tagen notwendig. Die hierzu notwendigen Kosten hat grundsätzlich die Beschwerdeführerin zu tragen.

Aufgrund dessen hat die Beschwerdeführerin durch ihren Prozessbevollmächtigten gegenüber dem Beschwerdegegner am 04.02.2022 den Antrag gestellt, das Original der Vollmacht analog § 45a BeurkG dem Sachverständigen auszuhändigen.

Daraufhin hat der Notar mit Schreiben vom 11.02.2022 an den Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin unter Verweis auf § 45 Abs. 1 BeurkG eine Herausgabe der Originalurkunden nebst Vollmacht abgelehnt.

Hiergegen legt die Beschwerdeführerin über ihren Prozessbevollmächtigten Beschwerde nach § 54 BeurkG ein.

Die Beschwerdeführerin trägt vor, durch die Versagung der Aushändigung der Urschrift der Urkunden würden ihr unzumutbare Kosten entstehen und es bestünde die Gefahr, dass, falls der Gutachter das Original mit einfachsten Gerätschaften „untersuchen“ würde, das Beweisergebnis kaum brauchbar wäre.

Der Beschwerdegegner hat unter erneuter Berufung auf § 45 BeurkG an seiner Weigerung der Herausgabe der Urschriften festgehalten und sich hierbei insbesondere darauf bezogen, dass die Untersuchung grundsätzlich ohne Einschränkungen auch im Notariat möglich sei.

II. Die Beschwerde ist zulässig; insbesondere ist sie gemäß § 54 Abs. 1 BeurkG statthaft.

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

1. Gemäß § 45 Abs. 1 BeurkG bleibt die Urschrift der notariellen Urkunde, wenn sie nicht auszuhändigen ist, in der Verwahrung des Notars.

Demnach sind Urschriften einer Niederschrift von einem Notar grundsätzlich nicht auszuhändigen, sondern in der Urkundensammlung zu verwahren. Von dieser Aufbewahrungspflicht, die zu den Amtspflichten des Notars gehört, können die Beteiligten den Notar auch nicht befreien. Aus ihr resultiert das grundsätzliche Verbot der Aushändigung der Urschrift an einen Beteiligten, selbst dann noch, wenn alle Beteiligten zustimmen. Die Urschrift nimmt daher nicht am Rechtsverkehr teil; sie wird vielmehr durch die Ausfertigung (§ 47 BeurkG) oder die beglaubigte Abschrift (§ 42 BeurkG) vertreten. Die verwahrten Urschriften dürfen grundsätzlich auch nicht vorübergehend ausgehändigt werden; selbst wer eine Ausfertigung verlangen kann, darf nach § 51 Abs. 3 BeurkG die Urschrift nur einsehen. Auch Gerichten, Behörden oder anderen Urkundspersonen darf die Urschrift grundsätzlich nicht überlassen werden, selbst wenn dies ein gerichtlicher Beweisbeschluss fordern sollte. Der Beteiligte, der ein Recht auf Erteilung einer Ausfertigung und auf Einsicht in die Urschrift hat, kann zwar im Zivilprozess, falls das Gericht die Urschrift verlangen sollte (zum Beispiel nach § 435 ZPO), theoretisch den Urkundenbeweis

durch den Antrag auf ein Mitteilungsersuchen nach § 432 Abs. 1 ZPO antreten. Auch in diesem Fall gilt jedoch § 47 BeurkG, wonach die Ausfertigung die Urschrift im Rechtsverkehr vertritt und deshalb als Urschrift im Sinne von § 435 Satz 1 ZPO anzusehen ist. § 47 BeurkG ist insoweit *lex specialis*. Sollte es für eine Beweisführung ausnahmsweise auf die in notarieller Verwahrung befindliche Urschrift ankommen und deshalb ein entsprechender Beweisbeschluss ergehen, muss bei der Beweisaufnahme dennoch die Pflicht des Notars, die in seiner Verwahrung befindliche Urschrift nicht herauszugeben, grundsätzlich beachtet werden; in diesem Fall müsste die Beweisaufnahme dem Grunde nach in den Geschäftsräumen des Notars stattfinden (vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.05.2022, § 45 Rdnr. 8-14, Beck'sches Notar-Handbuch/Zimmermann, 7. Aufl. 2019, Rdnr. 47, Lerch/Lerch, Beurkundungsgesetz, Dienstordnung und Richtlinienempfehlungen der BNotK, 5. Aufl. 2016, § 45 BeurkG, LG Rostock, Beschluss vom 23.05.2008, 9 T 8/07, juris m. w. N.).

Zweck der Verwahrungspflicht ist die Sicherung der Urkundenexistenz für die Rechtsvorgänge, für die der Gesetzgeber notarielle Beurkundung anordnet und die daher sowohl für die Beteiligten als auch für den Rechtsverkehr insgesamt von erheblicher Bedeutung sind (vgl. LG Rostock, Beschluss vom 23.05.2008, 9 T 8/07, juris m. w. N.).

Eine Ausnahme lässt lediglich § 45a BeurkG zu. Dieser lautet:

„Die Urschrift einer Niederschrift soll nur ausgehändigt werden, wenn dargelegt wird, dass sie im Ausland verwendet werden soll, und sämtliche Personen zustimmen, die eine Ausfertigung verlangen können. In diesem Fall soll die Urschrift mit dem Siegel versehen werden; ferner soll eine Ausfertigung zurückbehalten und auf ihr vermerkt werden, an wen und weshalb die Urschrift ausgehändigt worden ist. Die Ausfertigung tritt an die Stelle der Urschrift.“

Grund für die ausnahmsweise Gestattung der Aushändigung der Urschrift durch den Notar ist die Tatsache, dass das ausländische Recht häufig die Urschrift verlangt und die stellvertretende Funktion einer Ausfertigung nicht anerkennt, sodass der Gesetzgeber durch diese Vorschrift dieser Rechtslage Rechnung tragen wollte. § 45a BeurkG räumt allerdings den Beteiligten kein Recht auf die Aushändigung der Urkunde ein. Vielmehr hat der verwahrende Notar in solchen Fällen lediglich die Befugnis, die Urkunde herauszugeben, und hat hierüber nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, § 45 Rdnr. 21, § 45a Rdnr. 2-7, zur früheren Vorschrift in § 45 Abs. 2 BeurkG: LG Rostock, Beschluss vom 23.05.2008, 9 T 8/07, juris m. w. N.).

Die Regelungen des § 45 Abs. 1 und § 45a BeurkG lassen deutlich erkennen, dass der Gesetzgeber von dem Grundsatz ausgeht, dass die Urschrift im Rechtsverkehr stets (inhaltlich) durch die Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift vertreten wird. Es ergab sich für den Gesetzgeber keinerlei Bedürfnis, die Aushändigung der Urschrift zu verlangen oder auch nur zu erlauben. Die Beteiligten können danach

zu Informations- wie Beweiszwecken grundsätzlich stets auf die Einsicht in die Urschrift oder auf Ausfertigungen hiervon zurückgreifen. Dementsprechend wird es dem Zweck der Sicherung der Urkundenexistenz für die Beteiligten und für den Rechtsverkehr insgesamt am ehesten gerecht, die Aushändigung der Urschrift durch den Notar gänzlich zu untersagen, ohne dass hierdurch die Rechte Beteiligter eingeschränkt würden.

Eine Ausnahme bzw. deren Notwendigkeit hat der Gesetzgeber jedoch, wie die Regelung des früheren § 45 Abs. 2 BeurkG, welche unverändert in den neu geschaffenen § 45a BeurkG überführt wurde, lediglich in denjenigen Fällen geschaffen, in denen im Ausland einer Ausfertigung der Urschrift eine hinreichende stellvertretende Funktion ausnahmsweise nicht zukommt und ein erforderlicher Beweis durch eine Ausfertigung nicht (hinreichend) geführt werden kann.

Nachdem der Gesetzgeber zuletzt mit dem Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 01.06.2017 dies grundsätzlich beibehalten und die Regelung des § 45 Abs. 2 BeurkG lediglich unverändert in den neugeschaffenen § 45a BeurkG verlagert hat und bei dieser Gelegenheit keine weitere Ausnahme zu der grundsätzlichen Regelung des § 45 Abs. 1 BeurkG geschaffen hat, verbietet sich, weitere Ausnahmen von diesem Grundsatz im Wege der Analogie zu § 45a BeurkG zuzulassen.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass notarielle Urkunden, die sich in Verwahrung eines Notars befinden, im Strafverfahren grundsätzlich beschlagnahmefähig sind. Die hierzu ergangenen Entscheidungen (vgl. BGH, NJW 1987, 2441; LG Darmstadt, wistra 1987, 232; LG Gera, NotBZ 2003, 433; LG Landshut, MittBayNot 1994, 586, alle zitiert nach juris) befassen sich in erster Linie nur mit der Frage, ob notarielle Urkunden dem Privileg der §§ 53, 97 StPO unterliegen, und lassen offen, ob die Beschlagnahmefähigkeit sich nur auf beglaubigte Abschriften oder die Urschriften bezieht.

Im Übrigen besteht im vorliegenden Fall auch kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 45a BeurkG, nachdem die Durchführung der erforderlichen Untersuchungen in den Räumen des Notars dem Sachverständigen grundsätzlich möglich ist. Soweit dies mit erheblichem zeitlichen und materiellen Aufwand verbunden ist, ist dies für sich genommen kein hinreichender Grund für eine Durchbrechung des gesetzlichen Grundsatzes nach § 45 Abs. 1 BeurkG.

(...)

## KOSTENRECHT

### 20. Keine Aufrechnungsmöglichkeit mit Amtshaftungsansprüchen im Kostenprüfungsverfahren

BGH, Beschluss vom 23.05.2022, V ZB 9/21 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 20.01.2021, 9 W 1093/20)

*BNotO § 19*  
*EGZPO § 3*  
*GNotKG § 127*  
*GVG § 17a Abs. 6*

#### LEITSÄTZE:

1. In dem Verfahren nach § 127 GNotKG kann der Kostenschuldner dem Kostenanspruch des Notars keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung (§ 19 BNotO) entgegenhalten. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Entscheidend gegen die Berücksichtigung des Aufrechnungs- bzw. dolo-agit-Einwands in dem Verfahren nach § 127 GNotKG spricht, dass der Gesetzgeber für die Entscheidung über das Bestehen von Amtshaftungsansprüchen gegen den Notar die ausschließliche Zuständigkeit des LG angeordnet hat (§ 19 Abs. 3 BNotO), das als Prozessgericht in einem Klageverfahren die Regeln der ZPO anwenden muss (vgl. § 3 Abs. 1 EGZPO). Könnte in einem Verfahren nach § 127 GNotKG eine Entscheidung über das Bestehen eines Amtshaftungsanspruchs gegen den Notar – wenn auch beschränkt auf die Höhe der Kostenforderung – getroffen werden, hätte dies eine Kompetenzverlagerung zur Folge, die mit den unterschiedlichen Verfahrensregeln in einem bürgerlichen Rechtsstreit und in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zu vereinbaren wäre und zudem die Gefahr widerstreitender Entscheidungen bergen würde. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

11. Die Beteiligten zu 1 und 2 (nachfolgend Kostenschuldner) sind in Bruchteilsgemeinschaft Eigentümer eines mit einer Wohnanlage bebauten Grundstücks. Sie baten den Beteiligten zu 3 (nachfolgend Notar) um die Ausarbeitung einer Regelung, die die Zuordnung der einzelnen Wohneinheiten für den Fall der Auseinandersetzung der Gemeinschaft ermöglichen sollte. Der Notar beurkundete einen Teilungsvertrag gemäß § 3 WEG, der jedoch auf Anweisung der Kostenschuldner nicht vollzogen wurde. Der Notar stellte ihnen 34.843,06 € in Rechnung, von denen die Kostenschuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die Hälfte zahlten.

2 Die Kostenschuldner haben einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt, den sie unter anderem auf die nicht sachgerechte Umsetzung ihres Willens durch den Notar und einen Schadensersatzanspruch gestützt haben, mit dem sie vorsorglich die Aufrechnung erklärt haben. Das LG hat die Kostenberechnung aufgehoben und den Notar zur

Rückzahlung verpflichtet. Auf die Beschwerde des Notars hat das KG den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, dessen Zurückweisung der Notar beantragt, wenden sich die Kostenschuldner gegen die Beschwerdeentscheidung mit dem Ziel der Wiederherstellung der Entscheidung des LG.

**3 II.** Nach der Auffassung des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in DNotZ 2021, 543 veröffentlicht ist, hat der Notar die Kosten zutreffend berechnet. Die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Kosten nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG lägen nicht vor. Ob der Notar seine Amtspflicht verletzt habe (§ 19 BNotO), weil ein Teilungsvertrag gemäß § 3 WEG und keine Vorratsteilung nach § 8 WEG beurkundet worden sei, könne dahinstehen. In einem Verfahren nach § 127 GNotKG sei es dem Kostenschuldner verwehrt, der Kostenberechnung materiellrechtliche Einwände entgegenzuhalten. Dies gelte auch für den Einwand eines Amtshaftungsanspruchs im Wege der Aufrechnung oder der dolo-agit-Einrede. Hierfür spreche bereits der Wortlaut der Vorschrift. Die dort genannte „Zahlungspflicht“ beziehe sich maßgeblich auf die in § 29 GNotKG verankerte Frage nach dem Kostenschuldner und nehme damit nur Bezug auf spezifisch kostenrechtliche Einwände. Auch in einem Kostenfestsetzungsverfahren nach § 104 ZPO seien materiellrechtliche Einwände grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Ebenso wenig könne in einem Verfahren nach § 89 GNotKG mit einem Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB aufgerechnet werden.

Es seien keine Gründe ersichtlich, warum etwas anderes im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung einer notariellen Kostenberechnung gelten sollte. Gegen die Berücksichtigung materiellrechtlicher Einwände spreche auch, dass Schadensersatzansprüche gegen den Notar nach der ZPO durchzusetzen seien, während das gerichtliche Verfahren in Notarkostensachen dem FamFG unterliege. Der Schutz des Kostenschuldners zwingt zu keinem anderen Ergebnis. Dieser könne materiellrechtliche Einwendungen entweder im Wege der Vollstreckungsabwehrklage oder einer negativen Feststellungsklage geltend machen.

**4 III.** Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

**5 1.** Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig, soweit sie rügt, das Beschwerdegericht habe zu Unrecht eine unrichtige Sachbehandlung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG verneint. Insoweit fehlt es an der Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht, die für die Statthaftigkeit nach § 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 Abs. 1 FamFG erforderlich ist (vgl. zum Zulassungserfordernis Senat, Beschluss vom 04.07.2019, V ZB 53/19, NJW 2019, 3524 Rdnr. 3 m. w. N.). Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde nur zugelassen, soweit es den von den Kostenschuldnern eingewandten Amtshaftungsanspruch aus § 19 BNotO unberücksichtigt gelassen hat.

**6 a)** Die Rechtsbeschwerde weist zwar zutreffend darauf hin, dass eine solche Beschränkung nicht im Tenor der Beschwerdeentscheidung enthalten ist. Dies ist aber unschädlich, sofern sie sich aus den Entscheidungsgründen

ergibt und sich diesen mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen lässt (vgl. BGH, Beschluss vom 14.05.2008, XII ZB 78/07, NJW 2008, 2351 f.). So liegt es hier. Das Beschwerdegericht hat in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass die Frage, ob und unter welchen Bedingungen der Kostenschuldner in dem gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen materiellrechtliche Einwände gegen den Gebührenanspruch des Notars geltend machen könne, von den Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet werde; deshalb sei die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Damit hat es, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht lediglich seine Motivation für die Zulassung mitgeteilt, sondern den Streitstoff auf den Aufrechnungseinwand bzw. die dolo-agit-Einrede (vgl. hierzu allgemein Senat, Urteil vom 22.02.2019, V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 Rdnr. 24) der Kostenschuldner beschränkt.

**7 b)** Die Beschränkung ist zulässig. Die Zulassung kann auf einen tatsächlich oder rechtlich selbstständigen und damit abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, sofern dieser Gegenstand einer Teilentscheidung sein kann oder auf den der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel beschränken könnte. Dafür reicht es aus, dass der von der Zulassungsbeschränkung betroffene Teil des Streits in tatsächlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Streitstoff beurteilt werden kann und nach einer Zurückverweisung eine Änderung des von der beschränkten Zulassung erfassten Teils nicht in die Gefahr eines Widerspruchs zu dem übrigen Teil gerät (vgl. Senat, Urteil vom 02.10.2020, V ZR 282/19, ZWE 2021, 90 Rdnr. 7). Deshalb wird es in der Rechtsprechung des BGH als zulässig angesehen, die Revision auf die Entscheidung über eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zu beschränken (vgl. BGH, Beschluss vom 10.09.2009, VII ZR 153/08, NJW-RR 2010, 572 Rdnr. 5 m. w. N.).

Nichts anderes gilt, wenn einer Kostenforderung ein Schadensersatzanspruch aus § 19 BNotO im Wege der dolo-agit-Einrede entgegengehalten wird.

**8 2.** Soweit die Rechtsbeschwerde zulässig ist, ist sie unbegründet. Das Beschwerdegericht lässt es zu Recht dahinstehen, ob die Kostenschuldner einen Schadensersatzanspruch gemäß § 19 BNotO gegen den Notar haben.

**9 a)** Allerdings ist umstritten, ob dem Kostenanspruch des Notars in einem Kostenprüfungsverfahren nach § 127 GNotKG ein Schadensersatzanspruch wegen einer möglichen Amtspflichtverletzung gemäß § 19 BNotO entgegengesetzt werden kann.

**10 aa)** Nach der in Rechtsprechung und Literatur überwiegenden Meinung ist dies jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Anspruch aus § 19 BNotO mit dem notariellen Geschäft in einem sachlichen Zusammenhang steht. Dem Kostenschuldner soll der Rechtsweg vor dem Prozessgericht dann nur insoweit offenstehen, als der Schadensersatzanspruch die Kostenforderung übersteigt (vgl. OLG Saarbrücken, NJOZ 2020, 1077 Rdnr. 20; OLG Hamm, NJW-RR 2019, 1078 Rdnr. 15 f.; OLG Naumburg, NotBZ 2019, 472, 475; OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2019, 1675 Rdnr. 74 ff.; OLG Dresden,

NotBZ 2017, 51, 52; OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2016, 114720 Rdnr. 29; BeckOK-KostR/*Schmidt-Räntsch*, Stand: 01.01.2021, § 127 GNotKG Rdnr. 25; Ganter/*Hertel/Wöstmann/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl., Rdnr. 381; *Görk*, BNotO, 10. Aufl., § 19 Rdnr. 193; Haug/*Zimmermann/Mayer*, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl., D Rdnr. 885 ff.; *Korintenberg/Sikora*, GNotKG, 21. Aufl., § 127 Rdnr. 34; *Ländernotarkasse*, Leipziger Kostenspiegel, 2. Aufl. Rdnr. 1196; LK-GNotKG/*Wudy*, 3. Aufl., § 127 Rdnr. 68; *Rohs/Wedewer/Waldner*, GNotKG, Stand: Dezember 2020, §§ 127-130 Rdnr. 23 ff.; *Schneider/Volpert/Fölsch/Heinemann*, Kostenrecht, 3. Aufl., § 127 GNotKG Rdnr. 64; *Toussaint/Uhl*, Kostenrecht, 51. Aufl., § 127 GNotKG Rdnr. 22; *Ganter*, DNotZ 2021, 553; *Waldner*, notar 2021, 708, 709 f.; zu § 156 KostO zuletzt: KG, MDR 2015, 890; BayObLG, MittBayNot 2005, 304; OLG Oldenburg, OLGR 1997, 120; OLG Schleswig, OLGR 1997, 163, 164; OLG Stuttgart, BWNotZ 1996, 17 f.; OLG Hamm, JMBl. NW 1979, S. 93, 94; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1975, 411).

**11 bb)** Nach der Gegenauffassung, der auch das Beschwerdegericht folgt, kann der Kostenschuldner dem Kostenanspruch des Notars keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung entgegenhalten. Der Kostenschuldner wird darauf verwiesen, einen etwaigen Schadensersatzanspruch in einem ordentlichen Zivilprozess einzuklagen. Zulässig sei hiernach nur die Aufrechnung mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung (vgl. LG Bonn, RNotZ 2019, 353 Rdnr. 15 ff.; LG Lübeck, NJOZ 2017, 1197, 1198 f.; LG Kleve, NotBZ 2015, 359, 368; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Neie*, GNotKG, 4. Aufl., § 127 Rdnr. 19; BeckOK-KostR/*Diehn*, Stand: 01.07.2021, § 21 GNotKG Rdnr. 11; *Heinze*, notar 2016, 131; zu § 156 KostO: LG Hannover, NotBZ 2004, 491; LG Halle, NotBZ 2003, 316 m. zust. Anm. von *Lappe*).

**12 cc)** Der BGH hat für das Verfahren nach § 156 KostO, der im Wesentlichen gleich lautenden Vorgängervorschrift des § 127 GNotKG, die Geltendmachung materiellrechtlicher Einwände, die aus einer behaupteten Pflichtverletzung des Notars hergeleitet werden, für zulässig und erforderlich erachtet. Vor dem Prozessgericht könne der Kostenschuldner nur Schadensersatzansprüche durchsetzen, die den Betrag der Kosten überstiegen (vgl. BGH, Urteil vom 30.01.1961, III ZR 215/59, DNotZ 1961, 430; Urteil vom 22.11.1966, VI ZR 39/65, DNotZ 1967, 323, 325; Urteil vom 22.10.1987, IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379; siehe auch Urteil vom 20.01.2005, III ZR 278/04, NJW-RR 2005, 721 zu einer Verweisung des Prozessgerichts an das nach § 156 KostO zuständige Gericht). Eine Klage des Kostenschuldners vor dem Prozessgericht, die auf die (negative) Feststellung gerichtet sei, dass er wegen der behaupteten Pflichtverletzung des Notars zur Zahlung des in Rechnung gestellten Betrages nicht verpflichtet ist, sei unzulässig (BGH, Urteil vom 22.10.1987, IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379 f.). Ob an diesen Grundsätzen festzuhalten ist, hat der Senat – unter der Geltung des § 127 GNotKG – bezweifelt, ohne hierzu letztlich Stellung nehmen zu müssen (vgl. Senat, Beschluss vom 01.10.2020, V ZB 67/19, ZfIR 2021, 74 Rdnr. 30).

**13 b)** Der Senat entscheidet die Frage nunmehr in dem Sinne, dass in dem Verfahren nach § 127 GNotKG der Kostenschuldner dem Kostenanspruch des Notars keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung (§ 19 BNotO) entgegenhalten kann. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Anspruch unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist. Soweit der III. Zivilsenat in den oben genannten Entscheidungen einen abweichenden Standpunkt eingenommen hat, hat er auf Anfrage mitgeteilt, daran unter Berücksichtigung der Einführung von § 17a Abs. 6 GVG durch Art. 22 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 (BGBl. I, S. 2586) nicht festzuhalten. Der VI. und der IX. Zivilsenat sind nicht mehr für Ansprüche wegen Pflichtverletzungen von Notaren zuständig (§ 132 Abs. 3 Satz 2 GVG).

**14 aa)** Der Wortlaut des § 127 GNotKG lässt allerdings beide Auslegungen zu. Hiernach kann gegen die Kostenberechnung (§ 19 GNotKG), einschließlich der Verzinsungspflicht (§ 88 GNotKG), gegen die Zahlungspflicht, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§ 11 GNotKG) und die Erteilung der Vollstreckungsklausel die Entscheidung des LG beantragt werden. Dass unter den Begriff der „Zahlungspflicht“ nur die Prüfung fallen soll, ob die von dem Notar in Anspruch genommene Person Kostenschuldner im Sinne des §§ 29 ff. GNotKG ist, lässt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts dem Wortlaut des § 127 GNotKG nicht entnehmen. Anders als bei den weiter in § 127 Abs. 1 GNotKG aufgezählten Gegenständen der gerichtlichen Prüfung fehlt es an einer entsprechenden Bezugnahme auf die Vorschriften zu dem Kostenschuldner. Die „Zahlungspflicht“ kann auch aufgrund materiellrechtlicher Einwendungen entfallen (so OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2019, 1675 Rdnr. 24; *Ganter*, DNotZ 2021, 553).

**15 bb)** Die Unerheblichkeit einer in dem Verfahren nach § 127 GNotKG eingewandten Amtspflichtverletzung des Notars lässt sich auch nicht mit der (allgemeinen) Erwägung begründen, dass materiellrechtliche Einwendungen in Kostenverfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind.

**16 (1)** Dies trifft allerdings auf ein Kostenfestsetzungsverfahren nach § 104 ff. ZPO zu (vgl. Senat, Beschluss vom 07.05.2014, V ZB 102/13, ZfIR 2014, 746). Wegen entsprechender Einwendungen ist der Kostenschuldner vorrangig auf die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss (§ 767 Abs. 1, § 794 Abs. 1 Nr. 2, § 795 ZPO) verwiesen (vgl. Senat Beschluss vom 23.03.2006, V ZB 189/05, NJW 2006, 1962; BGH, Beschluss vom 22.11.2006, IV ZB 18/06, NJW-RR 2007, 422). Beantragt ein Rechtsanwalt die Festsetzung der anwaltlichen Vergütung gegen seinen Mandanten (§ 11 Abs. 1 RVG), ist der Antrag bereits kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung abzulehnen, wenn der Antragsgegner Einwendungen oder Einreden erhebt, die nicht im Gebührenrecht ihren Grund haben (§ 11 Abs. 5 RVG). Dass in einem Erinnerungsverfahren gegen den Kostensatz (§ 81 Abs. 1 GNotKG) eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung grundsätzlich ausgeschlossen ist – worauf das Berufungsgericht ergänzend

hinweist –, ist zwar richtig (vgl. BGH, Beschluss vom 24.11.2005, I ZR 91/04, juris Rdnr. 3 zu der Aufrechnung mit einem Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB in einem Erinnerungungsverfahren nach § 66 GKG). Dies folgt aber aus der ausdrücklichen Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 2 JustizBeitrG, wonach die Einwendung, dass mit einer Gegenforderung aufgerechnet wird, in dem Verfahren nur zulässig ist, wenn die Gegenforderung anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist.

**17 (2)** In einem Verfahren nach § 127 GNotKG sind im Ausgangspunkt dagegen auch materiellrechtliche Einwendungen des Kostenschuldners zu prüfen. Dies beruht darauf, dass eine notarielle Kostenberechnung zwar zur Zwangsvollstreckung berechtigt (§ 89 GNotKG), eine Vollstreckungsgegenklage aber ausgeschlossen ist. Die Kostenberechnung gehört nämlich nicht zu den sonstigen Titeln im Sinne des § 794 Abs. 1 ZPO. Das Verfahren nach § 127 GNotKG stellt gegenüber der Vollstreckungsgegenklage den spezielleren Rechtsbehelf dar (vgl. Senat, Beschluss vom 13.05.2015, V ZB 196/13, NJW-RR 2015, 1207 Rdnr. 29; OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 72; OLG Düsseldorf, FamRZ 2002, 1580). Deshalb kann und muss der Kostenschuldner, anders als das Beschwerdegericht offenbar meint, insbesondere den Einwand der Erfüllung in dem Verfahren nach § 127 GNotKG erheben (vgl. KG, JurBüro 2020, 200).

**18 cc)** Etwas anderes gilt aber in Bezug auf Schadenersatzansprüche wegen einer Amtspflichtverletzung, die der Kostenschuldner dem Kostenanspruch entgegenhält. Entscheidend gegen die Berücksichtigung des Aufrechnungs- bzw. dolo-agit-Einwands in dem Verfahren nach § 127 GNotKG spricht, dass der Gesetzgeber für die Entscheidung über das Bestehen von Amtshaftungsansprüchen gegen den Notar die ausschließliche Zuständigkeit des LG angeordnet hat (§ 19 Abs. 3 BNotO), das als Prozessgericht in einem Klageverfahren die Regeln der Zivilprozessordnung (ZPO) anwenden muss (vgl. § 3 Abs. 1 EGZPO). Demgegenüber sind für das Verfahren nach § 127 Abs. 1 Satz 1 GNotKG gemäß § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG die Vorschriften des FamFG maßgeblich. Könnte in diesem Verfahren eine Entscheidung über das Bestehen eines Amtshaftungsanspruchs gegen den Notar – wenn auch beschränkt auf die Höhe der Kostenforderung – getroffen werden, hätte dies eine Kompetenzverlagerung zur Folge, die mit den unterschiedlichen Verfahrensregeln in einem bürgerlichen Rechtsstreit und in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zu vereinbaren wäre und zudem die Gefahr widerstreitender Entscheidungen bergen würde.

**19 (1)** In dem Verfahren nach § 127 GNotKG hat das Gericht die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen durchzuführen (§ 26 FamFG i. V. m. § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG). Demgegenüber gilt in dem Rechtsstreit um Ansprüche nach § 19 BNotO der Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz. Hiernach darf das Gericht seiner Entscheidung nur das Tatsachenmaterial zugrunde legen, das von den Parteien vorgetragen wird (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., Vor § 128 Rdnr. 10). Um zu verhindern, dass sich der Kostenschuldner durch die Verlagerung der Prüfung des Amtshaf-

tungsanspruchs in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit den schärferen Darlegungs-, Substantiierungs- und Beweisführungspflichten des Zivilprozesses entzieht und sich der Amtsermittlungspflicht sowie der Möglichkeit des Freibeweises (§ 29 Abs. 1 FamFG) bedient, sollen nach der Gegenauffassung den Kostenschuldner hinsichtlich solcher Gegenansprüche auch in dem Verfahren nach § 127 GNotKG dem Zivilprozess vergleichbare Darlegungs- und Substantiierungspflichten treffen (vgl. BayObLG, FGPrax 2005, 229, 231; LG Düsseldorf, JurBüro 2021, 422). Das zeigt aber gerade, dass die Prüfung von Amtshaftungsansprüchen im Kostenverfahren systemwidrig ist.

**20 (2)** Unterschiede ergeben sich auch im Hinblick auf weitere Verfahrensfragen. So unterliegt das Klageverfahren nach § 19 BNotO für alle Parteien einschließlich des Notars dem Anwaltszwang (§ 78 ZPO i. V. m. § 19 Abs. 3 BNotO), während dies bei dem Verfahren nach § 127 GNotKG für den Antragsteller erst im Verfahren vor dem BGH der Fall ist (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i. V. m. § 10 Abs. 4 FamFG). Der Notar kann sich auch dort selbst vertreten (§ 130 Abs. 3 Satz 2 GNotKG i. V. m. § 10 Abs. 4 FamFG). In kostenrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass das erstinstanzliche Verfahren in Notarkostensachen gebührenfrei ist und in dem Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren Festgebühren von (lediglich) 99 € (Nr. 19110 KV GNotKG) bzw. 198 € (Nr. 19120 KV GNotKG) anfallen. In einem Klageverfahren nach § 19 BNotO und einem sich anschließenden Berufungs- und Revisionsverfahren fallen deutlich höhere Gebühren an, selbst wenn der Streitwert die Mindeststufe von 500 € nicht überschreitet (vgl. § 34 Abs. 1 Satz 1 GKG in Verbindung mit Nr. 1210, Nr. 1220 und Nr. 1214 KV GKG). Schließlich ist auch der Rechtsmittelzug in beiden Verfahren unterschiedlich ausgestaltet. So kann bei einem Verfahren nach § 127 GNotKG der BGH mit einer Frage nur befasst werden, wenn das Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde zulässt (§ 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i. V. m. § 70 Abs. 1 FamFG). Wird demgegenüber der Klageweg gemäß § 19 BNotO beschritten, können die Parteien unter den Voraussetzungen des § 544 ZPO eine Nichtzulassungsbeschwerde einlegen und auf diese Weise eine Entscheidung des BGH erreichen.

**21 (3)** Die Unterschiedlichkeit der Verfahren wird durch § 17a Abs. 6 GVG bekräftigt. Nach dieser Vorschrift gelten die in § 17a Abs. 1 bis 5 GVG für Streitigkeiten über die Frage des zulässigen Rechtswegs getroffenen Regelungen unter anderem für die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständigen Spruchkörper in ihrem Verhältnis zueinander entsprechend. Der Gesetzgeber hat damit eine Klarstellung vorgenommen (vgl. RegE BT-Drucks. 16/6308, S. 318) und die bereits vor dem Inkrafttreten durch das FGG-Reformgesetz vom 17.12.2008 am 01.09.2009 (BGBl. I, S. 2586) bestehende ständige Rechtsprechung des BGH gleichen Inhalts bestätigt. Hiernach rechtfertigen es die Unterschiede der beiden Verfahrensarten, Kompetenzkonflikte zwischen ihnen wie Rechtswegstreitigkeiten zu behandeln (vgl. BGH, Beschluss vom 05.04.2001, III ZB 48/00, NJW 2001, 2181; Urteil vom 20.01.2005, III ZR 278/04, NJW-RR 2005, 721). Ob allein aus der Existenz des § 17a Abs. 6 GVG zwingend

ein Aufrechnungsverbot im Verhältnis sämtlicher in der Vorschrift aufgeführten Spruchkörper folgt, wie dies zum Teil unter Heranziehung der Rechtsprechung des BGH zu sog. rechtswegfremden Aufrechnungen (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 11.01.1955, I ZR 106/53, BGHZ 16, 124) angenommen wird (vgl. LG Bonn, RNotZ 2019, 353, 354 f.; LG Lübeck, NJOZ 2017, 1197, 1198 f.; LG Kleve, NotBZ 2015, 359, 360; BeckOK-KostR/Diehn, § 21 GNotKG Rdnr. 11; Zöller/Greger, ZPO, § 145 Rdnr. 19a f.; a. A. OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2019, 1675 Rdnr. 24; BeckOGK-BGB/Skamel, Stand: 01.04.2021, § 387 Rdnr. 216), bedarf keiner Entscheidung. Dass Kompetenzkonflikte zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit nach § 17a GVG und nicht nach § 3 FamFG bzw. § 281 ZPO zu lösen sind, spricht zumindest indiziell gegen die Prüfung von Ansprüchen aus § 19 BNotO in dem Verfahren nach § 127 GNotKG.

**22 (4)** Sähe man dies anders, bestünde zudem die Gefahr widersprechender Entscheidungen in den Fällen, in denen eine Amtspflichtverletzung bei dem Gebührenschuldner einen über die Kostenbelastung hinausgehenden Schaden verursacht hat. Da nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH der Kostenschuldner den Amtshaftungsanspruch nur in Höhe des die Kostenforderung übersteigenden Betrages vor dem Prozessgericht geltend machen durfte und er den Anspruch im Übrigen zwingend im Kostenverfahren verfolgen musste (vgl. BGH, Urteil vom 30.01.1961, III ZR 215/59, DNotZ 1961, 430; Urteil vom 22.11.1966, VI ZR 39/65, DNotZ 1967, 323, 325; Urteil vom 22.10.1987, IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379), konnte es zu divergierenden Entscheidungen über dieselbe Frage durch unterschiedliche Gerichte kommen. Wird in dem Verfahren nach § 127 GNotKG der eingewandte Anspruch aus § 19 BNotO bereits dem Grunde nach verneint, kann er in dem Amtshaftungsprozess gegen den Notar bejaht werden. Umgekehrt ist es auch denkbar, dass dem Antrag nach § 127 GNotKG unter Hinweis auf eine Amtspflichtverletzung stattgegeben wird und das Prozessgericht einen Schadensersatzanspruch bereits dem Grunde nach für nicht gegeben erachtet. Dass sich in der Praxis der Schaden häufig in der Kostenbelastung erschöpft und es deshalb nicht zu einem Zivilprozess kommt (vgl. *Ganter*, DNotZ 2021, 553, 555; *Waldner*, notar 2021, 209, 210), kann unterstellt werden. An der Widerspruchsfähigkeit in den sonstigen Fällen vermag dies jedoch nichts zu ändern. Die Möglichkeit der Aussetzung (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i. V. m. § 21 Abs. 1 FamFG) scheidet aus, wenn der Kostenschuldner die Verfahren nach § 127 GNotKG und § 19 BNotO nicht parallel, sondern nacheinander führt.

**23 (5)** Nur wenn der Schadensersatzanspruch bereits in einem vorangegangenen Prozess rechtskräftig festgestellt wurde oder von dem Notar nicht bestritten wird, kann er in dem Kostenverfahren eingewandt werden. Eine Kompetenzüberschreitung des für die Entscheidung über einen Antrag gemäß § 127 GNotKG zuständigen Gerichts liegt dann nicht vor. Auch die Unterschiedlichkeit der Verfahrensordnungen spielt in diesem Fall keine Rolle.

**24 dd)** Die von der bislang herrschenden Auffassung für eine Berücksichtigung von Amtshaftungsansprüchen an-

geführten Argumente veranlassen keine abweichende Beurteilung.

**25 (1)** Dies gilt zunächst für die Überlegung, dass das Gericht in einem Verfahren nach § 127 GNotKG prüfen müsse, ob eine unrichtige Sachbehandlung durch den Notar nach § 21 GNotKG vorliege und es schwierig sei, diese von einer Amtspflichtverletzung nach § 19 BNotO abzugrenzen (vgl. *Waldner*, notar 2021, 209; siehe auch *Ganter*, DNotZ 2021, 553, 554). Hierbei bleibt unberücksichtigt, dass § 21 GNotKG deutlich engere Voraussetzungen hat als ein Amtshaftungsanspruch. Eine unrichtige Sachbehandlung nach § 21 GNotKG liegt nach der Rechtsprechung des Senats (nur) vor, wenn dem Notar ein offen zutage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen materiell- oder verfahrensrechtlicher Art oder ein offensichtlich Versehen unterlaufen ist sowie dann, wenn der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere wählt (vgl. Senat, Beschluss vom 01.10.2020, V ZB 67/19, ZfIR 2021, 74 Rdnr. 6 m. w. N.). Dagegen erfasst § 19 BNotO im Grundsatz jegliche Amtspflichtverletzung und weist deshalb einen weiteren Anwendungsbereich als § 21 GNotKG auf, der im Wesentlichen nur Evidenzfehler erfasst (vgl. LK-GNotKG/*Wudy*, § 21 Rdnr. 28). Dass es im Einzelfall zu Überschneidungen kommen kann und die Voraussetzungen beider Vorschriften vorliegen können, trifft zu, ändert aber an dem unterschiedlichen Anwendungsbereich nichts. Unabhängig davon hätte die Gegenauffassung trotz der Überschneidungen die wenig einleuchtende Konsequenz, dass für die Prüfung des § 21 GNotKG der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, während für den Amtshaftungsanspruch der Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz maßgeblich sein soll. Die Abgrenzungsfrage würde sich in gleicher Weise stellen, nur unter einem anderen Aspekt.

**26 (2)** Richtig ist, dass dem Notarkostenverfahren die Prüfung und Entscheidung von Schadensersatzansprüchen nicht fremd ist. Nach § 90 Abs. 1 Satz 1 GNotKG hat der Notar für den Fall, dass die Kostenberechnung abgeändert wird oder der endgültige Kostenbetrag geringer ist als der erhobene Vorschuss, die zu viel empfangenen Beträge zu erstatten. Besteht ein solcher Rückzahlungsanspruch (vgl. *Bormann/Sommerfeldt/Diehn*, GNotKG, § 90 Rdnr. 6) und hat der Kostenschuldner einen Antrag auf Entscheidung nach § 127 GNotKG innerhalb eines Monats nach Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung gestellt, hat der Notar zudem den Schaden zu ersetzen, der dem Schuldner durch die Vollstreckung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung entstanden ist. Hierüber wird in dem Verfahren nach § 127 GNotKG entschieden (§ 90 Abs. 2 GNotKG). Dies lässt jedoch keinen Rückschluss zu auf die Befugnis zur Entscheidung über einen Schadensersatzanspruch nach § 19 BNotO (a. A. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.12.2018, 20 W 46/17, juris Rdnr. 24; *Ganter*, DNotZ 2021, 553, 554). Bei dem Schadensersatzanspruch nach § 90 Abs. 1 GNotKG handelt es sich nur um einen Annex zu dem Rückzahlungsanspruch bei einer Abänderung der Kostenberechnung, für die der Gesetzgeber ausdrücklich eine Zuständigkeit des über die Kostenberechnung entscheidenden Gerichts angeordnet hat.

27 (3) Schließlich ergeben sich auch keine Rechtsschutzlücken, wenn das für die Entscheidung nach § 127 GNotKG zuständige Gericht nicht über die Berechtigung eines Amtshaftungsanspruchs befinden darf, den der Kostenschuldner dem Notar entgegensetzen möchte (so aber OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.12.2018, 20 W 46/17, juris Rdnr. 24; *Waldner*, notar 2021, 209, 210).

28 (a) Möchte der Kostenschuldner gegen die Kostenberechnung ausschließlich einen Amtshaftungsanspruch einwenden und beschränkt sich sein Schaden in dem Bestehen der Verbindlichkeit gegenüber dem Notar, kann und muss er den Rechtsweg nach § 19 BNotO beschreiten und um Rechtsschutz im Wege einer negativen Feststellungsklage nachsuchen, die nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH (vgl. Urteil vom 22.10.1987, IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379 f.) ausgeschlossen war. Von dem nach § 19 BNotO zuständigen Gericht können auch vorläufige Maßnahmen – etwa im Wege einer einstweiligen Verfügung – getroffen werden, wenn der Notar trotz des Klageverfahrens die Zwangsvollstreckung aus der Kostenberechnung betreibt. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 127 GNotKG wäre demgegenüber unstatthaft.

29 (b) Wenn der Kostenschuldner in dem Verfahren nach § 127 GNotKG statthafte Einwendungen gegen die Kostenberechnung vorbringen und zusätzlich Amtshaftungsansprüche nach § 19 Abs. 1 BNotO gegen den Notar erheben möchte, die über die Kostenberechnung hinausgehen, kann er beide Verfahren parallel betreiben. In diesem Fall ist es regelmäßig ermessensgerecht, das Notarkostenverfahren bis zur Entscheidung über die Amtshaftungsansprüche auszusetzen (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i. V. m. § 21 Abs. 1 FamFG), es sei denn, die Notarkostenberechnung ist bereits unabhängig von dem Amtshaftungsanspruch in dem Verfahren nach § 127 Abs. 1 GNotKG aufzuheben.

30 c) Da die Kostenschuldner einen Amtshaftungsanspruch gemäß § 19 BNotO in dem hier in Rede stehenden Verfahren nicht geltend machen können, ist ihre Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Wolfram Waldner**,  
Lauf a. d. Pegnitz

Die Entscheidung wirkt auf den ersten Blick notarfreundlich: Im Kostenprüfungsverfahren nach §§ 127 ff. GNotKG braucht sich der Notar nicht mehr gegen den Einwand zu verteidigen, die berechneten Kosten nur dadurch verursacht zu haben, dass er eine Amtspflicht verletzt hat. Aber der erste Eindruck täuscht: Der Kostenschuldner ist ja nicht gehindert, parallel oder nacheinander eine Amtshaftungsklage vor dem gleichen LG zu führen und wird das – wenn ihn das Ergebnis des Kostenprüfungsverfahrens nicht zufriedenstellt – auch tun, insbesondere wenn er rechtsschutzversichert ist. So bricht die Entscheidung ohne Not mit jahrzehntelang bewährter Rechtsprechung. Sie erkennt durchaus, dass sie sich gegen eine vielfach und gut begründete herrschende Meinung stellt und

nennt auch freimütig deren Argumente. Sie stützt sich für ihr gegenteiliges Ergebnis auf für die Rechtsanwendung bedeutungslose dogmatische Gesichtspunkte; sie kann weder den Bürger, der sich gegen eine Notarkostenrechnung wendet, noch den Notar, der seine Rechnung verteidigt, befriedigen.

Der Große Senat für Zivilsachen des BGH hat schon 1982 betont, dass Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Allgemeinen ein Festhalten an einer herrschenden Rechtsprechung verlangen, wenn nicht deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe für eine Rechtsprechungsänderung sprechen.<sup>1</sup> Solche Gründe sind hier nicht zu sehen. Seit dem Inkrafttreten der Kostenordnung am 01.04.1936 ist die Möglichkeit, mit Amtshaftungsansprüchen aufrechnen zu können, anerkannt; schon eine der ersten Entscheidungen über eine weitere Beschwerde nach dem damals neuen Gesetz stellte dies fest; sie stammt übrigens von dem gleichen Gericht, das dem BGH jetzt die Vorlage geliefert hat.<sup>2</sup> Die Ansicht war – wie die Fülle der Belege zur herrschenden Meinung zeigt – so gefestigt, dass man von Gewohnheitsrecht sprechen konnte.

Grund für diese Rechtsprechung ist der enge sachliche Zusammenhang zwischen Kostenberechnung und Amtshaftung für Fehler bei dem Amtsgeschäft, das der Kostenrechnung zugrunde liegt. Einwendungen, die sich nicht auf notarielle Amtsgeschäfte beziehen, sondern private Angelegenheiten des Notars betreffen, kann der Kostenschuldner nach einhelliger Meinung im Verfahren nach § 127 GNotKG nicht geltend machen,<sup>3</sup> so zum Beispiel nicht mit Gegenforderungen aufrechnen, die auf einem Werkvertrag über für den Notar ausgeführte Handwerkerarbeiten beruhen, die der Notar bemängelt hat. Zudem ist eine Prüfung von Schadensersatzansprüchen dem Verfahren nach § 127 GNotKG nicht fremd, sondern bei Ansprüchen nach § 90 Abs. 1 GNotKG in jedem Fall durchzuführen.

Ein weiteres zwingendes Argument für die bisherige Rechtsprechung sind die Überschneidungen zwischen Amtshaftung und kostenrechtlich falscher Sachbehandlung (§ 21 GNotKG). Das betrifft insbesondere die in der Rechtsprechung nicht seltenen Fälle, dass der Notar den Sachverhalt nicht ordentlich aufgeklärt und „ins Blaue“ eine Beurkundung vorgenommen hat, ohne die Beteiligten über mehrere rechtliche Möglichkeiten mit unterschiedlicher Kostenauswirkung zu informieren. Hierin ist sowohl eine Amtspflichtverletzung als auch falsche Sachbehandlung zu sehen.<sup>4</sup> Auch in der vorliegenden Fallgestaltung liegt eine falsche Sachbehandlung nahe, was der BGH aber mangels Zulassung durch das KG nicht prüfen konnte.

- 1 BGH, Beschluss vom 04.10.1982, GSZ 1/82, NJW 1983, 228.
- 2 KG, Beschluss vom 04.06.1937, 1a Wx 2121/36, DNotZ 1938, 51.
- 3 KG, Beschluss vom 14.03.1972, 1 W 9737/70, DNotZ 1973, 41.
- 4 So ausdrücklich BGH, Urteil vom 22.10.1987, IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379, 380: falsche Sachbehandlung bei mangelhafter Belehrung durch den Notar.

Das Verhältnis unrichtiger Sachbehandlung zur Amtspflichtverletzung des Notars (§ 19 BNotO) ist bisher wenig diskutiert.<sup>5</sup> Das beruht vor allem darauf, dass nach der bisher herrschenden Rechtsprechung Amtspflichtverletzungen, bei denen der Schaden (lediglich) in einer Gebührenforderung des Notars bestand, ebenso wie unrichtige Sachbehandlung im Kostenprüfungsverfahren nach §§ 127 ff. GNotKG geltend zu machen waren; eine Amtshaftungsklage wurde – wie der BGH zutreffend belegt – als unzulässig angesehen. Das Gericht, das die Kostenrechnung des Notars aufhob, konnte also offenlassen, ob dies wegen unrichtiger Sachbehandlung oder wegen einer Amtspflichtverletzung des Notars geschah.<sup>6</sup> Wenn der Einwand der Amtspflichtverletzung im Verfahren nach §§ 127 ff. GNotKG nicht zu berücksichtigen ist, bedarf es wegen des unterschiedlichen Rechtswegs genauer Abgrenzung.

Es trifft übrigens schlicht nicht zu, wenn der BGH behauptet, § 21 GNotKG sei in seinen Voraussetzungen stets enger als § 19 BNotO. Sein Anwendungsbereich ist einerseits enger, andererseits weiter als § 19 BNotO. Allerdings sind in den Fallgruppen eines notariellen Versehens und eines Gesetzesverstoßes durch den Notar die Voraussetzungen des § 21 GNotKG enger, denn das Versehen muss offensichtlich und der Gesetzesverstoß eindeutig sein, um die Nichterhebung der Kosten zu rechtfertigen; es müssen also evidente Fehler des Notars vorliegen. § 19 BNotO greift hingegen bei jeder Amtspflichtverletzung des Notars ein. § 19 BNotO ist enger, weil der Notar ein Mitverschulden des Kostenschuldners einwenden kann, was ihm die Rechtsprechung zu § 21 GNotKG verwehrt. § 21 GNotKG gebietet dem Notar zudem, von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die billigste zu wählen.<sup>7</sup> Missachtet er dieses Gebot, liegt in aller Regel gar keine Amtspflichtverletzung vor. Die Vorgehensweise des Notars ist hier materiellrechtlich beanstandungsfrei, die Sachbehandlung nur kostenrechtlich unrichtig, weswegen die Mehrkosten der kostenträchtigen Gestaltung nach § 21 GNotKG nicht zu erheben sind.

Es ist nun geradezu widersinnig, den einen Fehler im Verfahren nach § 127 GNotKG, den anderen im Zivilprozess zu prüfen. Die Verfahrensmaximen (Beibringungsgrundsatz im Zivilprozess, Untersuchungsgrundsatz im Kostenprüfungsverfahren) mögen sich dogmatisch unterscheiden; praktisch ist der Unterschied jedoch bedeutungslos, da allein der Antragsteller den Verfahrensgegenstand des Kostenprüfungsverfahrens bestimmt. Der Amtsermittlungsgrundsatz gilt also nur sehr eingeschränkt, nämlich im Rahmen der vom Antragsteller zur Prüfung gestellten Elemente der Kostenrechnung.<sup>8</sup>

Dasselbe gilt für das vom BGH beschworene Gespenst einander widersprechender Entscheidungen im Kostenprüfungsverfahren und im Zivilprozess. In keiner der in den letzten Jahrzehnten veröffentlichten Entscheidungen ist die Frage praktisch geworden, einfach deswegen, weil als zu ersetzender Schaden in der Praxis ausschließlich die Belastung mit der Kostenforderung geltend gemacht wird und aus diesem Grund bisher nur das Kostenprüfungsverfahren betrieben werden musste.

Der BGH behauptet, es entstehe durch seine neue Rechtsprechung keine Rechtsschutzlücke. Allerdings hält der BGH auch eine Vollstreckungsgegenklage nicht für zulässig, was zutreffend ist, weil sie in §§ 767, 795 ZPO nur gegen Urteile und gegen die Vollstreckungstitel des § 794 ZPO vorgesehen ist, nicht gegen andere vollstreckbare Titel wie die Notarkostenrechnung (§ 89 GNotKG). Er verweist den Kostenschuldner für die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen auf den Weg der negativen Feststellungsklage. Diese beseitigt aber nicht die Vollstreckbarkeit der Kostenrechnung; ob gegen den trotz Amtshaftungsklage vollstreckenden Notar einstweiliger Rechtsschutz zu erlangen wäre, wie der BGH behauptet, ist zweifelhaft. Es ist fast peinlich, das Rechtsbeschwerdegericht darauf hinweisen zu müssen, dass neben einem Anordnungsanspruch hierfür auch ein Anordnungsgrund erforderlich ist, der angesichts der obligatorischen Haftpflichtversicherung des Notars gegen Verletzungen seiner Amtspflichten schwer zu begründen sein wird.

Der BGH meint weiter, es sei im Fall eines Amtshaftungsprozesses „regelmäßig interessengerecht, das Notarkostenverfahren bis zur Entscheidung über die Amtshaftungsansprüche auszusetzen“. Auch diese Ansicht verblüfft. Ausgesetzt werden können in allen Verfahrensarten des deutschen Prozessrechts und damit auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur Prozesse, deren Entscheidung vorgreiflich ist (§ 21 Abs. 1 FamFG). Genau das ist nach Meinung des BGH aber nicht der Fall: Wenn die Kostenrechnung wegen der Aufrechnung mit dem Amtshaftungsanspruch nicht aufgehoben werden darf, spielt die Frage seines Bestehens keine Rolle; eine Aussetzung aus diesem Grund kann nicht erfolgen.<sup>9</sup>

Wie wird die Praxis mit dieser Entscheidung umgehen? Unmittelbare Folge der Entscheidung des BGH ist, dass der Kostenschuldner, der meint, wegen amtspflichtwidriger Behandlung seiner Sache durch den Notar mit einer Kostenforderung belastet zu sein, künftig zwei Verfahren durchführen muss: Er wird zunächst – schon wegen der geringen Kosten – das Verfahren nach §§ 127 ff. GNotKG betreiben und den Einwand unrichtiger Sachbehandlung nach § 21 GNotKG erheben. Obsiegt in diesem Verfahren der Notar, weil die Sachbehandlung zwar fehlerhaft, aber nicht so fehlerhaft war, dass ein evidenter Verfahrensmangel vorlag, wird korrekterweise schon das Kostengericht, in jedem Fall der Rechtsberater den Kostenschuldner auf seine „zweite Chance“ hinweisen, nunmehr im Zivilprozess gegen den Notar die von ihm behauptete

5 Ausführlich aber *Wudy* in Renner/Otto/Heinze, Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar, 3. Aufl. 2021, § 21 Rdnr. 28.

6 *Lappe*, NJW 2004, 489, 491.

7 BGH, Beschluss vom 01.10.2020, V ZB 67/19, RNotZ 2021, 51.

8 Beck OK KostR/*Schmidt-Räntsch*, Stand 01.04.2022, § 127 GNotKG Rdnr. 26.

9 Das übersieht auch *Bärnreuther*, ErbR 2022, 919, 920.



Amtspflichtverletzung geltend zu machen. Die Belastung mit den Kosten zweier Verfahren, die letztlich der unterliegende Teil zu tragen hat, ist weder im Interesse des Kostenschuldners noch des Notars an einer schnellen und kostengünstigen Erledigung eines Kostenstreits, wie ihn der Gesetzgeber durch das Verfahren nach §§ 127 ff. GNotKG geschaffen hat.

Denkbar wäre freilich auch, abweichend von der bisher herrschenden Auslegung des § 21 GNotKG den Tatbestand der „unrichtigen Sachbehandlung“ so zu verstehen, dass alle amtspflichtwidrigen Handlungen eines Notars auch eine falsche Sachbehandlung darstellen; dann könnten die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze weiterhin angewendet werden, nur jetzt unter anderer Überschrift. Schließlich könnte auch der Gesetzgeber den BGH „korrigieren“,<sup>10</sup> indem die Aufrechnung mit einem Amtshaftungsanspruch neben den bisher schon aufgeführten Rügemöglichkeiten in § 127 Abs. 1 Satz 1 GNotKG ausdrücklich genannt wird.

10 Das wäre kein Novum: Der GNotKG-Gesetzgeber hat beispielsweise die Entscheidung des BGH, Beschluss vom 20.02.2013, II ZB 27/12, MittBayNot 2013, 333 zur Kostenfreiheit der Erstellung von XML-Daten durch Einführung der Nr. 22114 ff. KV-GNotKG „korrigiert“.

## STEUERRECHT

### 21. Bestimmung des herrschenden Unternehmens bei mehrstufigen Beteiligungen

BFH, Urteil vom 28.09.2022, II R 13/20 (Vorinstanz: FG Düsseldorf, Urteil vom 20.05.2020, 7 K 820/17 GE)

AO § 179 Abs. 1  
FGO § 126 Abs. 2  
GrEStG § 6a Satz 1

#### LEITSATZ:

**Welches Unternehmen „herrschendes Unternehmen“ und welche Gesellschaft „abhängige Gesellschaft“ i. S. d. § 6a GrEStG ist, richtet sich nach dem jeweiligen Umwandlungsvorgang, für den die Steuer nach § 6a Satz 1 GrEStG nicht erhoben werden soll. Unerheblich ist, ob bei mehrstufigen Beteiligungen das herrschende Unternehmen selbst von einem oder weiteren Unternehmen abhängig ist.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) war bis zum 15.08.2011 zu 100 % an der grundbesitzenden D-GmbH beteiligt. Gesellschafterin der Klägerin war zu 100 % die E-GmbH, deren Anteile wiederum vollständig durch die F-AG gehalten wurden.

2 Aufgrund Vertrags vom 05.08.2011 wurde zum 15.08.2011 (Eintragung ins Handelsregister) die D-GmbH als über-

tragende Gesellschaft auf die Klägerin als übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Im Zeitpunkt der Verschmelzung hatten die oben genannten Beteiligungen ununterbrochen seit mehr als fünf Jahren bestanden. Alle Gesellschaften waren Organgesellschaften desselben umsatzsteuerlichen Organkreises mit der F-AG als Organträgerin. Vormals war die G-Stiftung umsatzsteuerliche Organträgerin gewesen, bis sie im Jahr 2008 25,01 % ihrer Beteiligung an der F-AG verkaufte.

3 Mit Bescheid vom 23.04.2012 stellte der Beklagte und Revisionskläger (FA) gegenüber der Klägerin die Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer wegen der am 15.08.2011 erfolgten Verschmelzung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG) gesondert fest. Die Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG gewährte das FA zunächst nicht, da die F-AG als oberste Rechtsträgerin aufgrund der vorherigen Organschaft mit der G-Stiftung nicht während der gesamten Vorbesitzzeit von fünf Jahren vor der Verschmelzung Unternehmerin im Sinne des UStG gewesen sei.

4 Nach Einspruch erging am 17.07.2012 ein Änderungsbescheid, in dem das FA nunmehr die Voraussetzungen des § 6a GrEStG bejahte. Als herrschendes Unternehmen sei die F-AG anzusehen. Der Bescheid enthielt den Hinweis, dass die Steuerbegünstigung mit Wirkung für die Vergangenheit u. a. dann entfalle, wenn die Mindestbeteiligung von 95 % der F-AG an einer der am Umwandlungsvorgang beteiligten Gesellschaften innerhalb von fünf Jahren nach der Verschmelzung unterschritten werde.

5 Am 05.07.2013 veräußerte die F-AG 26,8 % ihrer Anteile an der E-GmbH. Daraufhin erließ das FA am 12.09.2016 einen nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO geänderten Bescheid über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen (Feststellungsbescheid), mit dem es die Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG nicht mehr gewährte. Die Voraussetzungen des § 6a Satz 1 GrEStG seien nach § 6a Satz 4 GrEStG mit Wirkung für die Vergangenheit entfallen. Die Nachbehaltensfrist von fünf Jahren sei nicht eingehalten worden. Die F-AG als herrschendes Unternehmen sei nicht länger mittelbar über die E-GmbH zu mindestens 95 % an der Klägerin beteiligt. Den dagegen eingelegten Einspruch wies das FA mit Einspruchsentscheidung vom 24.02.2017 als unbegründet zurück.

6 Das FG gab der auf Aufhebung des Feststellungsbescheids gerichteten Klage statt. Zwar sei der im Bescheid erfasste Erwerb nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG steuerbar. Er sei jedoch in voller Höhe steuerbegünstigt, da die Verschmelzung der D-GmbH auf die Klägerin von der Begünstigung nach § 6a GrEStG umfasst sei. Darauf, dass die F-AG ihre Anteile an der E-GmbH innerhalb von fünf Jahren seit der Verschmelzung veräußert habe, komme es nicht an. Das Urteil des FG ist in EFG 2020, 1332 veröffentlicht.

7 Dagegen richtet sich die Revision des FA. Es rügt die Verletzung des § 6a GrEStG. Aus dem Wortlaut des § 6a Satz 4 GrEStG, der auf „das“ herrschende Unternehmen abstelle, gehe eindeutig hervor, dass für die Vor- und Nachbehaltensfristen auf die Beteiligung des herrschenden Unternehmens im Zeitpunkt der Verwirklichung des Umwandlungs-

vorgangs abzustellen sei. Zum Erwerbszeitpunkt könne es nur ein herrschendes Unternehmen geben. In einer Beteiligungskette sei dies das Unternehmen, das die Voraussetzungen des § 6a Satz 3 GrEStG erfülle und außerdem in keinem Abhängigkeitsverhältnis i. S. d. § 6a Satz 4 GrEStG zu einem anderen Unternehmen stehe. Im Streitfall sei dies allein die F-AG gewesen. Die Veräußerung der Anteile der F-AG an der E-GmbH am 05.07.2013 und damit innerhalb von fünf Jahren seit der Verschmelzung führe zum Wegfall der Steuerbegünstigung.

#### 8 Das FA beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

#### 9 Die Klägerin beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

10 Aus § 6a Satz 3, 4 GrEStG folge nur, dass zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen ein Über- und Unterordnungsverhältnis bestehen müsse. Weder aus dem Wortlaut noch aus anderen Auslegungsgrundsätzen könne abgeleitet werden, dass es sich bei dem herrschenden Unternehmen um das letzte bzw. erste Unternehmen einer Beteiligungskette handeln müsse. Die Ansicht des FA sei auch nicht mit der Rechtsprechung des BFH vereinbar, wonach § 6a GrEStG auch dann anwendbar sei, wenn infolge eines Umwandlungsvorgangs die zunächst vorhandene Konzernstruktur beendet werde.

11 Das Bundesministerium der Finanzen ist dem Verfahren nach § 122 Abs. 2 FGO beigetreten. Es unterstützt in der Sache das Vorbringen des FA.

12 II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend entschieden, dass die Voraussetzungen für die Steuerbegünstigung des § 6a GrEStG durch die Veräußerung der Anteile der F-AG an der E-GmbH innerhalb von fünf Jahren seit der Verschmelzung nicht nachträglich weggefallen sind.

13 1. Der durch die Verschmelzung bewirkte Übergang des Eigentums an dem Grundstück der D-GmbH auf die Klägerin unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer. Es handelt sich um einen gesetzlichen Eigentumswechsel, dem kein den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft vorausgegangen war und der auch keiner Auflassung bedurfte.

14 2. Die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG sind erfüllt.

15 a) Nach § 6a Satz 1 1. Hs. GrEStG in der im Streitjahr 2011 geltenden Fassung wird für einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2a oder 3 GrEStG steuerbaren Rechtsvorgang aufgrund einer Umwandlung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG die Steuer nicht erhoben. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG betrifft die Verschmelzung, § 1 Abs. 1 Nr. 2 UmwG die Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung und § 1 Abs. 1 Nr. 3 UmwG die Vermögensübertragung. Der Anwendungsbereich des § 6a GrEStG ist nicht auf Unternehmen im Sinne des UStG beschränkt (BFH, Urteil vom 22.08.2019, II R 18/19 [II R 62/14], BFHE 266, 379 = BStBl. II 2020, S. 352 Rdnr. 16). § 6a

Satz 3, 4 GrEStG verlangen ferner ein Abhängigkeitsverhältnis in Gestalt von bestimmten Beteiligungsverhältnissen zwischen den am Umwandlungsvorgang beteiligten Gesellschaften innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren vor dem Umwandlungsvorgang (Vorbehaltensfrist) und fünf Jahren nach dem Umwandlungsvorgang (Nachbehaltensfrist).

16 b) Die Vor- und die Nachbehaltensfrist müssen nur insoweit eingehalten werden, als sie in dem betreffenden Umwandlungsvorgang auch eingehalten werden können.

17 aa) Umwandlungsvorgänge, bei denen eine beteiligte Gesellschaft erlischt oder neu entsteht, fallen nach dem Wortlaut des § 6a Satz 3, 4 GrEStG nicht in den Anwendungsbereich des § 6a GrEStG. Eine vor oder nach der Umwandlung nicht existente Gesellschaft kann die in § 6a Satz 4 GrEStG bestimmten zeitlichen Voraussetzungen der Abhängigkeit aus rechtlichen Gründen nicht erfüllen, so dass entgegen § 6a Satz 3 GrEStG an dem Umwandlungsvorgang (mindestens) eine Gesellschaft beteiligt wäre, die die Vorbehaltensfrist (im Falle der Neugründung) bzw. die Nachbehaltensfrist (im Falle des Erlöschens) nicht wahren könnte (BFH-Urteil in BFHE 266, 379 = BStBl. II 2020, S. 352 Rdnr. 19). Danach wären sämtliche Verschmelzungen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, §§ 2 ff. UmwG), die Aufspaltung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 1 UmwG), die Abspaltung zur Neugründung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 2 Nr. 2, §§ 124 ff. UmwG), die Ausgliederung zur Neugründung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 3 Nr. 2, §§ 124 ff. UmwG) sowie die Vermögensübertragung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3, §§ 174 ff. UmwG), wenn sie zur Auflösung des übertragenden Rechtsträgers führt, nicht nach § 6a GrEStG begünstigt (BFH-Urteil in BFHE 266, 379 = BStBl. II 2020, S. 352 Rdnr. 20).

18 bb) Der Senat hat angesichts dieses Widerspruchs im Wortlaut der gesetzlichen Regelung bereits entschieden, dass die in § 6a Satz 4 GrEStG genannten Fristen nur insoweit eingehalten werden müssen, als sie aufgrund eines begünstigten Umwandlungsvorgangs auch eingehalten werden können (BFH-Urteil in BFHE 266, 379 = BStBl. II 2020, S. 352 Rdnr. 26). In Fällen der Verschmelzung zwischen einer abhängigen Gesellschaft und einem herrschenden Unternehmen muss daher nur die Vorbehaltensfrist eingehalten werden. Das gilt sowohl für die Verschmelzung auf die abhängige Gesellschaft als auch für die Verschmelzung auf das herrschende Unternehmen. Die Nachbehaltensfrist kann und muss bei der Verschmelzung nicht eingehalten werden (BFH-Urteil in BFHE 266, 379 = BStBl. II 2020, S. 352 Rdnr. 27).

19 c) Die Nichterhebung der Steuer setzt nach § 6a Satz 3 GrEStG weiter voraus, dass an dem Umwandlungsvorgang ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften i. S. d. § 6a Satz 4 GrEStG beteiligt sind.

20 aa) Welches Unternehmen „herrschendes Unternehmen“ und welche Gesellschaft „abhängige Gesellschaft“ im Sinne dieser Vorschrift ist, richtet sich nach dem jeweiligen Umwandlungsvorgang, für den die Steuer nach § 6a Satz 1 GrEStG nicht erhoben werden soll. Soweit das Gesetz von

einem herrschenden Unternehmen spricht, ist zunächst – soweit vorhanden – das am steuerbaren Umwandlungsvorgang unmittelbar beteiligte Unternehmen gemeint. Unerheblich ist daher, ob bei mehrstufigen Beteiligungen das herrschende Unternehmen selbst von einem oder weiteren Unternehmen abhängig ist. Ebenso wenig ist maßgebend, ob bei abhängigen Gesellschaften weitere Gesellschaften vom herrschenden Unternehmen abhängen, wenn diese Unternehmen oder Gesellschaften selbst nicht am Umwandlungsvorgang beteiligt sind.

**21 bb)** Diese Auslegung folgt dem Wortlaut des § 6a Satz 3 GrEStG, der ausdrücklich an den in Satz 1 genannten Rechtsvorgang anknüpft und verlangt, dass „an dem dort genannten Rechtsvorgang“ ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere abhängige Gesellschaften oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften „beteiligt sind“. Sind ausgehend von dem steuerbaren Rechtsvorgang nach § 6a Satz 1 GrEStG bereits ein herrschendes Unternehmen und eine abhängige Gesellschaft beteiligt, ist die erste Alternative des § 6a Satz 3 GrEStG erfüllt und es bedarf keines Rückgriffs auf die zweite Alternative. Das gilt unabhängig davon, ob noch weitere herrschende Unternehmen und/oder abhängige Gesellschaften vorhanden wären.

**22 cc)** Die Auslegung entspricht auch der Systematik des § 6a GrEStG. Danach wird in Satz 1 der steuerbare Rechtsvorgang, für den die Steuer nicht erhoben wird, definiert. Satz 3 gibt sodann einen Rahmen vor, wonach Satz 1 nur gilt, wenn an dem Rechtsvorgang ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere abhängige Gesellschaften oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften beteiligt sind. Satz 4 definiert im Anschluss die abhängige Gesellschaft und damit mittelbar das herrschende Unternehmen. Wie in Satz 4 wörtlich angeführt, bezieht sich die dortige Definition nur darauf, unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft als abhängig i. S. d. Satzes 3 anzusehen ist. Durch Satz 4 wird aber der allein durch Satz 3 bestimmte Anwendungsbereich des § 6a Satz 1 GrEStG weder erweitert noch eingegrenzt.

**23 dd)** Diese Auslegung entspricht auch dem Zweck der Norm. Der Gesetzgeber wollte mit der Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG Umstrukturierungen innerhalb von Konzernen erleichtern, damit Unternehmen flexibel auf Veränderungen der Marktverhältnisse reagieren können (BT-Drucks. 17/147, S. 10). Das schließt auch solche Umwandlungsvorgänge ein, durch die ein Konzern beendet oder neu begründet wird (vgl. BFH-Urteil in BFHE 266, 379 = BStBl. II 2020, S. 352 Rdnr. 30). Entsprechendes gilt für die zur Beendigung oder Neubegründung von Teilen eines Konzerns führenden Umwandlungsvorgänge. Es ist deshalb kein sachlicher Grund erkennbar, weshalb die Steuerbegünstigung für einen steuerbaren Umwandlungsvorgang von weiteren, nicht aus dem Gesetz selbst herleitbaren Voraussetzungen abhängig sein sollte. Ob die am Umwandlungsvorgang beteiligten Unternehmen und Gesellschaften Teile eines weiteren Konzernverbands sind, ist für die Steuerbegünstigung unerheblich. Es würde vielmehr die An-

wendbarkeit des § 6a GrEStG entgegen dessen Zweck, Umwandlungen im Konzern zu erleichtern, unnötig verkomplizieren.

**24** Dies steht auch nicht im Widerspruch zu dem durch § 6a Satz 3, 4 GrEStG verfolgten Zweck, ungewollte Mitnahmeeffekte zu vermeiden (vgl. BT-Drucks. 17/147, S. 10). In Verschmelzungsfällen muss nach § 6a Satz 3, 4 GrEStG in jedem Fall die Vorbehaltensfrist gewahrt sein, d. h. das qualifizierte Beteiligungsverhältnis muss vor dem Umwandlungsvorgang fünf Jahre Bestand gehabt haben. Kurzfristige Gestaltungen, wie sie § 6a Satz 3, 4 GrEStG in Anlehnung an §§ 5 und 6 GrEStG verhindern will (vgl. BT-Drucks. 17/147, S. 10), sind folglich auch bei Umwandlungsvorgängen innerhalb mehrstufiger Beteiligungsstrukturen ausgeschlossen.

**25 d)** Wird danach zum Beispiel in einem dreistufigen Konzern mit Mutter- Tochter- und Enkelgesellschaft die Enkelgesellschaft auf die Tochtergesellschaft verschmolzen, muss das Verhältnis der an dem Verschmelzungsvorgang beteiligten Gesellschaften gesondert betrachtet werden. Die Tochtergesellschaft ist in einem solchen Falle das herrschende Unternehmen, die Enkelgesellschaft die abhängige Gesellschaft. Beide sind am steuerbaren Rechtsvorgang i. S. d. § 6a Satz 3 GrEStG beteiligt. Unerheblich ist, dass die Muttergesellschaft zugleich unmittelbar die Tochter- und mittelbar die Enkelgesellschaft beherrscht, denn sie ist an dem Rechtsvorgang i. S. d. § 6a Satz 3 nicht beteiligt.

**26** Erlischt sodann durch die Verschmelzung das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft, kann nach den oben dargestellten Grundsätzen die Nachbehaltensfrist umwandlungsbedingt – also aus rechtlichen Gründen – nicht eingehalten werden. Die Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft ist für die Beachtung der Nachbehaltensfrist unerheblich.

**27 e)** Nach diesen Grundsätzen hat das FG den angefochtenen Änderungsbescheid zu Recht aufgehoben. Die Voraussetzungen für die Steuerbegünstigung sind nicht nachträglich weggefallen.

**28** An dem Umwandlungsvorgang waren – wie § 6a Satz 3 GrEStG es voraussetzt – die Klägerin als herrschendes Unternehmen und die D-GmbH als abhängige Gesellschaft beteiligt. § 6a Satz 4 GrEStG schließt die Steuerbegünstigung nicht aus. Die Klägerin war vor dem Umwandlungsvorgang mehr als fünf Jahre zu 100 % an der D-GmbH beteiligt. Unerheblich ist, dass die Klägerin nach dem Umwandlungsvorgang nicht weitere fünf Jahre an der D-GmbH beteiligt blieb. Das war umwandlungsbedingt nicht möglich, weil die D-GmbH aufgrund der Verschmelzung erloschen war.

**29** Die Veräußerung der Anteile der F-AG an der E-GmbH innerhalb von fünf Jahren führt nicht zu einer Nachversteuerung. Sowohl die F-AG als auch die E-GmbH waren an dem steuerbaren Umwandlungsvorgang, für den nach § 6a Satz 1 GrEStG die Steuer nicht erhoben wurde, nicht i. S. v. § 6a Satz 3 GrEStG beteiligt.

**30** Soweit der bestandskräftig gewordene Feststellungsbescheid vom 17.07.2012 die F-AG als herrschendes Unternehmen bezeichnet hat, entfaltet dies keine Bindungswirkung. Der darin enthaltene Hinweis auf die Nachbehaltensfrist ging daher ins Leere. Mangels entsprechender gesetzlicher Regelung i. S. v. § 179 Abs. 1 AO handelt es sich bei der Frage, wer herrschendes Unternehmen ist, um eine bloße Begründung des Bescheids, nicht aber um eine gesondert festzustellende und die Beteiligten bindende Besteuerungsgrundlage. Die Frage kann daher bei der späteren Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 6a GrEStG nachträglich weggefallen sind, abweichend beurteilt werden.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Richter am BFH Prof. Dr. **Matthias Loose**, München

§ 6a GrEStG stellt bestimmte steuerbare Erwerbsvorgänge aufgrund von Umwandlungen von der Grunderwerbsteuer frei. Voraussetzung ist, dass an der Umwandlung ausschließlich ein „herrschendes Unternehmen“ und eine oder mehrere von dem „herrschenden Unternehmen“ „abhängige Gesellschaften“ beteiligt sind. Wann es sich bei einem Unternehmen um ein „herrschendes Unternehmen“ im Sinne der Vorschrift handelt, regelt das Gesetz nicht. Die Bestimmung des „herrschenden Unternehmens“ ist aber von großer praktischer Bedeutung, weil die Steuerbefreiung nachträglich wegfällt, wenn das „herrschende Unternehmen“ an der „abhängigen Gesellschaft“ nach der Umwandlung nicht fünf Jahre zu mindestens 95 % weiter beteiligt bleibt.

#### 1. Einleitung

Die Grunderwerbsteuer erfasst grundsätzlich jeden Rechtsträgerwechsel an einem Grundstück und darüber hinaus aufgrund von Ergänzungstatbeständen weitere Vorgänge des Rechtsverkehrs, zum Beispiel die Übertragung von Anteilen an grundbesitzenden Gesellschaften. Umwandlungen nach dem UmwG können dazu führen, dass steuerbare Erwerbstatbestände nach § 1 GrEStG erfüllt sind, zum Beispiel aufgrund einer Verschmelzung oder einer Ausgliederung. Für diese Fälle sieht § 6a Satz 11. Hs. GrEStG vor, dass die Grunderwerbsteuer unter besonderen Voraussetzungen nicht erhoben wird. Danach wird für einen steuerbaren Rechtsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, Abs. 2 bis 3a GrEStG, der durch eine Umwandlung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG ausgelöst wird, keine Grunderwerbsteuer erhoben, wenn an der Umwandlung ausschließlich ein „herrschendes Unternehmen“ und eine oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen „abhängige Gesellschaften“ beteiligt sind. „Abhängig“ ist eine Gesellschaft nach § 6a Satz 4 GrEStG, wenn an ihrem Kapital oder Gesellschaftsvermögen das „herrschende Unternehmen“ innerhalb von fünf Jahren vor und nach dem Umwandlungsvorgang unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 95 % ununterbrochen beteiligt ist. Welches Unternehmen jedoch in einem mehrstufigen Konzern das „herrschende Unter-

nehmen“ und welche Gesellschaft eine „abhängige Gesellschaft“ gemäß der Vorschrift ist, regelt das Gesetz nicht ausdrücklich.

Der BFH hatte bereits 2019 entschieden, dass die Vor- und Nachbehaltensfristen des § 6a Satz 4 GrEStG nur eingehalten werden müssen, wenn sie auch aus rechtlichen Gründen eingehalten werden können.<sup>1</sup> Bei einer Verschmelzung geht zum Beispiel die verschmolzene Gesellschaft unter. An ihr kann danach schon aus Rechtsgründen keine weitere Beteiligung mehr bestehen. Zum umgekehrten Fall der Ausgliederung zur Neugründung sind derzeit zwei Revisionsverfahren anhängig.<sup>2</sup> Die hier streitige Rechtsfrage, welches Unternehmen in einem mehrstufigen Konzern als „herrschendes Unternehmen“ und welche Gesellschaft als „abhängige Gesellschaft“ anzusehen ist, war bislang ebenfalls noch offen und wurde vom BFH nunmehr entschieden.

#### 2. Einhaltung der Vor- und Nachbehaltensfristen

Die Verschmelzung eines Rechtsträgers auf einen anderen bewirkt den Übergang des Eigentums an dem Grundstück des verschmolzenen Rechtsträgers auf den aufnehmenden Rechtsträger. Es handelt sich um einen gesetzlichen Eigentumswechsel, dem kein den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft vorausgegangen ist und der auch keiner Auflassung bedarf. Dieser Übergang unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer.

Umwandlungsvorgänge, bei denen eine beteiligte Gesellschaft erlischt oder neu entsteht, fallen nach dem Wortlaut des § 6a Satz 3, 4 GrEStG eigentlich nicht in den Anwendungsbereich des § 6a GrEStG. Eine vor oder nach der Umwandlung nicht existente Gesellschaft kann nämlich die in § 6a Satz 4 GrEStG bestimmten zeitlichen Voraussetzungen der Abhängigkeit aus rechtlichen Gründen nicht erfüllen, sodass entgegen § 6a Satz 3 GrEStG an dem Umwandlungsvorgang (mindestens) eine Gesellschaft beteiligt wäre, die die Vorbehaltensfrist (im Falle der Neugründung) bzw. die Nachbehaltensfrist (im Falle des Erlöschens) nicht wahren könnte. Bei einem solchen Verständnis der Norm wären sämtliche Verschmelzungen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, §§ 2 ff. UmwG), die Aufspaltung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 1 UmwG), die Abspaltung zur Neugründung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 2 Nr. 2, §§ 124 ff. UmwG), die Ausgliederung zur Neugründung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 3 Nr. 2, §§ 124 ff. UmwG) sowie die Vermögensübertragung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3, §§ 174 ff. UmwG), wenn sie zur Auflösung des übertragenden Rechtsträgers führt, nicht nach § 6a GrEStG begünstigt. Das wiederum steht im Widerspruch zu § 6a Satz 1 GrEStG, der die genannten Umwandlungsvorgänge grundsätzlich von der Steuer befreit.

1 BFH, Urteil vom 22.08.2019, II R 18/19 (II R 62/14), BStBl. II 2020, S. 352.

2 FG Sachsen, Urteil vom 30.06.2021, 2 K 121/21, GmbHR 2021, 1347, Rev. II R 2/22; FG Nürnberg, Urteil vom 14.07.2022, 4 K 59/21, EFG 2022, 1778, Rev. II R 31/22.



Der BFH hat angesichts dieses Widerspruchs zwischen § 6a Satz 1 und Satz 4 GrEStG bereits in der Vergangenheit entschieden, dass die in § 6a Satz 4 GrEStG genannten Fristen nur insoweit eingehalten werden müssen, als sie aufgrund eines begünstigten Umwandlungsvorgangs auch eingehalten werden können.<sup>3</sup> In Fällen der Verschmelzung zwischen einer abhängigen Gesellschaft und einem herrschenden Unternehmen muss daher nur die Vorbehaltensfrist eingehalten werden. Das gilt sowohl für die Verschmelzung auf die abhängige Gesellschaft als auch für die Verschmelzung auf das herrschende Unternehmen. Die Nachbehaltensfrist kann schon aus rechtlichen Gründen bei der Verschmelzung nicht eingehalten werden.<sup>4</sup>

### 3. Bestimmung des „herrschenden Unternehmens“

Der Gesetzeswortlaut des § 6a Satz 3 GrEStG setzt weiter voraus, dass an dem Umwandlungsvorgang ausschließlich ein „herrschendes Unternehmen“ und ein oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften i. S. d. § 6a Satz 4 GrEStG beteiligt sind. Der BFH hat nun klargestellt, dass sich die Frage, welches Unternehmen „herrschendes Unternehmen“ und welche Gesellschaft „abhängige Gesellschaft“ im Sinne dieser Vorschrift ist, nach dem jeweiligen Umwandlungsvorgang richtet, für den die Steuer nach § 6a Satz 1 GrEStG nicht erhoben werden soll. Soweit das Gesetz von einem herrschenden Unternehmen spricht, ist zunächst das am steuerbaren Umwandlungsvorgang unmittelbar beteiligte Unternehmen gemeint. Unerheblich ist daher, ob bei mehrstufigen Beteiligungen das herrschende Unternehmen selbst von einem oder weiteren Unternehmen abhängig ist. Ebenso wenig ist maßgebend, ob bei abhängigen Gesellschaften weitere Gesellschaften vom herrschenden Unternehmen abhängen, wenn diese Unternehmen oder Gesellschaften selbst nicht am Umwandlungsvorgang beteiligt sind. Der gegenteiligen Auffassung der Finanzverwaltung ist der BFH nicht gefolgt.

Anschaulich wird die Bedeutung der neuen Rechtsprechung anhand eines dreistufigen Konzerns mit Mutter-, Tochter- und Enkelgesellschaft, in dem die Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft und die Tochtergesellschaft an der Enkelgesellschaft zu jeweils mindestens 95 % seit mindestens fünf Jahren beteiligt ist. Ein solcher Fall lag auch dem Revisionsverfahren zugrunde. Wird die Enkelgesellschaft auf die Tochtergesellschaft verschmolzen, ist die Tochtergesellschaft als „herrschendes Unternehmen“ und die Enkelgesellschaft als „abhängige Gesellschaft“ am steuerbaren Rechtsvorgang i. S. d. § 6a Satz 3 GrEStG beteiligt. Unerheblich ist, dass die Muttergesellschaft zugleich (unmittelbar) an der Tochter- und (mittelbar) an der Enkelgesellschaft beteiligt ist und in Bezug auf beide Gesellschaften ebenfalls „herrschendes

Unternehmen“ i. S. d. § 6a Satz 4 GrEStG sein könnte. Die Muttergesellschaft ist aber an dem Rechtsvorgang i. S. d. § 6a Satz 1 GrEStG nicht beteiligt. Durch die Verschmelzung erlischt das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft. Dies steht einer Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG nicht entgegen, weil die Nachbehaltensfrist umwandlungsbedingt – also aus rechtlichen Gründen – nicht eingehalten werden kann. Die Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft ist für die Beachtung der Nachbehaltensfrist unerheblich.

### 4. Zusammenfassung

Maßgeblich für die Beantwortung der Frage, welches Unternehmen i. S. d. § 6a GrEStG als „herrschendes Unternehmen“ anzusehen ist, ist der jeweilige Umwandlungsvorgang, der den steuerlichen Erwerbstatbestand erfüllt. Für den Fall einer vertikalen Verschmelzung innerhalb eines Konzerns hat der BFH entschieden, dass auf die unmittelbar an dem Erwerbsvorgang beteiligten Unternehmen und Gesellschaften abzustellen ist.

Noch ungeklärt ist der Fall der horizontalen Verschmelzung innerhalb eines mehrstufigen Konzerns, also zum Beispiel die Verschmelzung einer Enkelgesellschaft auf eine andere Enkelgesellschaft in einem dreistufigen Konzern mit Mutter-, Tochter- und mehreren Enkelgesellschaften. In diesem Fall sind an dem Umwandlungsvorgang zwei abhängige Gesellschaften beteiligt, nämlich die beiden Enkelgesellschaften. § 6a GrEStG erfasst ausdrücklich auch die Verschmelzung zweier (!) von einem (!) herrschenden Unternehmen abhängiger Gesellschaften. Als „herrschende Unternehmen“ kommen in diesem Fall die unmittelbar beteiligte Tochtergesellschaft und die mittelbar über die Tochtergesellschaft beteiligte Muttergesellschaft in Betracht. Auch in diesem Fall der horizontalen Verschmelzung kann es nur ein (!) herrschendes Unternehmen geben, das die Beteiligungsgrenzen und die Vor- und Nachbehaltensfristen einhalten muss. Der Wortlaut des Gesetzes legt nahe, dass auch in diesem Fall zunächst auf die unmittelbare Beteiligung abzustellen ist. Danach wäre die Tochtergesellschaft das „herrschende Unternehmen“ und es wäre unschädlich, wenn die Muttergesellschaft ihre Beteiligung an der Tochtergesellschaft innerhalb von fünf Jahren auf unter 95 % reduzieren würde. Entschieden ist dieser Fall jedoch noch nicht.

3 BFH, Urteil vom 22.08.2019, II R 18/19 (II R 62/14), BStBl. II 2020, S. 352.

4 BFH, Urteil vom 22.08.2019, II R 18/19 (II R 62/14), BStBl. II 2020, S. 352.

## 22. AfA-Berechtigung des Erwerbers nach entgeltlichem Erwerb eines Anteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft

BFH, Urteil vom 03.05.2022, IX R 22/19 (Vorinstanz:  
FG Köln, Urteil vom 10.10.2018, 9 K 3049/15)

*EStG § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7, § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1*  
*FGO § 48 Abs. 1 Nr. 5, § 60 Abs. 3 Satz 1 und 3*

### LEITSÄTZE:

1. Ist nach dem entgeltlichen Erwerb eines Anteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft streitig, in welcher Höhe dem Erwerber auf die (anteilig miterworbenen) abnutzbaren Wirtschaftsgüter des Gesamthandsvermögens AfA zusteht und in welchem Umfang der auf der Gesellschaftsebene ermittelte und ihm zugerechnete Ergebnisanteil deshalb korrigiert werden muss, ist der Erwerber zum Klageverfahren der Gesellschaft gegen den Feststellungsbescheid notwendig beizuladen.
2. Hat der Gesellschafter einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft seinen Anteil entgeltlich erworben, kann er AfA auf die anteilig miterworbenen abnutzbaren Wirtschaftsgüter des Gesamthandsvermögens nur nach Maßgabe seiner Anschaffungskosten und der Restnutzungsdauer des jeweiligen Wirtschaftsguts im Zeitpunkt des Anteilerwerbs beanspruchen.
3. Bei der Ermittlung der AfA-Berechtigung des Erwerbers nach entgeltlichem Anteilerwerb erhöhen die dem Anteil entsprechenden Gesellschaftsschulden die Anschaffungskosten des Erwerbers, soweit sie den anteilig miterworbenen abnutzbaren Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens direkt zugeordnet werden können.
4. Die Anschaffungskosten des Anteilerwerbers sind, soweit sie den Buchwert der erworbenen Beteiligung übersteigen, den anteilig miterworbenen Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens nach dem Verhältnis der in ihnen ruhenden stillen Reserven einzeln zuzuordnen.
5. Beim anteiligen Miterwerb von bebauten Grundstücken des Gesamthandsvermögens ist – soweit es um die AfA des Anteilerwerbers geht – eine erneute Aufteilung der anteiligen Anschaffungskosten auf Grund und Boden einerseits und Gebäude andererseits erforderlich.

## 23. Mittelbare verdeckte Gewinnausschüttung im Zusammenhang mit nießbrauchbelasteten GmbH-Geschäftsanteilen

BFH, Urteil vom 14.02.2022, VIII R 29/18 (Vorinstanz:  
FG Hessen, Urteil vom 16.08.2018, 11 K 371/13)

*AO § 39 Abs. 1*  
*BGB § 1068 Abs. 2, §§ 1030, 99 Abs. 2, §§ 100, 101 Nr. 2*  
*EStG § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2*

### LEITSÄTZE:

1. Ist an einem Kapitalgesellschaftsanteil ein Nießbrauch bestellt, der dem Nießbrauchberechtigten lediglich einen Anspruch auf den mit der Beteiligung verbundenen Gewinnanteil einräumt, ohne dass dieser wesentliche Verwaltungsrechte, insbesondere die Stimmrechte, ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann, sind die Kapitaleinnahmen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG ertragsteuerlich weiterhin dem Anteilseigner zuzurechnen.
2. Ist in diesem Fall die Anteilseignerin des nießbrauchbelasteten Kapitalgesellschaftsanteils eine Kapitalgesellschaft, kann die direkte Auszahlung der Ausschüttungen an den Nießbrauchberechtigten zu einer mittelbaren verdeckten Gewinnausschüttung führen, wenn es sich beim Gesellschafter der anteilseignenden Kapitalgesellschaft und beim Nießbrauchberechtigten um einander nahestehende Personen handelt.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten darüber, ob der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) in den Jahren 2004 und 2006 (Streitjahre) jeweils eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) zugeflossen ist.

2 Die Klägerin hielt in 2004 jeweils 50 % der Geschäftsanteile der A GmbH, der B GmbH und der C GmbH in ihrem Privatvermögen. Die übrigen Geschäftsanteile an diesen Gesellschaften hielt X. Mit notariellem Vertrag vom 16.12.2004 bestellten die Klägerin und X an ihren Geschäftsanteilen der C GmbH einen Nießbrauch mit einer Quote von 80 % zugunsten der A GmbH (sog. Quotennießbrauch). Die mit den Geschäftsanteilen verbundenen Mitverwaltungsrechte, insbesondere die Stimmrechte, sollten dem jeweiligen Anteilseigner verbleiben. Die Bestellung erfolgte unentgeltlich. Ebenfalls mit notariellem Vertrag vom 16.12.2004 beschlossen die Klägerin und X als Gesellschafter der B GmbH die Erhöhung des Stammkapitals der B GmbH um 1.000 € auf 26.000 €. Die neue Stammeinlage auf das erhöhte Stammkapital sollten die Klägerin und X nicht in Geld, sondern durch Einbringung ihrer (nießbrauchbelasteten) Geschäftsanteile an der C GmbH leisten. Zugleich erklärten die Klägerin und X, dass sie die neue Stammeinlage jeweils hälftig übernehmen. Die Leistung der Sacheinlagen durch die Klägerin und X in Gestalt der Einbringung der Geschäftsanteile an der C GmbH erfolgte mit gesonderter Vereinbarung und mit sofortiger Wirkung ebenfalls am 16.12.2004. Die B GmbH setzte die Geschäfts-

anteile zum Buchwert an. Der über die Kapitalerhöhung hinausgehende Betrag wurde in die Kapitalrücklage der B GmbH eingestellt.

**3** Am 28.12.2004 beschloss die Gesellschafterversammlung der C GmbH eine Gewinnausschüttung, wovon noch am selben Tag ein Betrag i. H. v. 236.033 € direkt an die A GmbH ausgezahlt wurde. Zudem beschloss die Gesellschafterversammlung der C GmbH am 02.06.2006 und am 28.12.2006 weitere Gewinnausschüttungen. Insofern erfolgte am 28.12.2006 eine direkte Auszahlung an die A GmbH in Höhe von insgesamt 1.145.203 €.

**4** Diese Vorgänge wurden in den ursprünglichen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 Abs. 1 AO erfolgten Einkommensteuerfestsetzungen der Klägerin für die Streitjahre erklärungsgemäß nicht berücksichtigt. Bei der A GmbH wurden die empfangenen Zahlungen hingegen als verdeckte Einlagen der Klägerin bzw. X erfasst und in das steuerliche Einlagekonto i. S. d. § 27 KStG eingestellt.

**5** Auf Grundlage einer bei der B GmbH für die Streitjahre durchgeführten Außenprüfung gelangte der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) zu der Auffassung, dass in Höhe der Zahlungen aufgrund des Quotenneiðbrauchs an die A GmbH sowohl der Klägerin als auch X jeweils hälftig eine vGA i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG in der für die Streitjahre anzuwendenden Fassung zugeflossen sei. Unter Berücksichtigung des Halbeinkünfteverfahrens gemäß § 3 Nr. 40 EStG erhöhte das FA daher das zu versteuernde Einkommen der Klägerin in 2004 um 59.008 € sowie in 2006 um 286.300 € und änderte die jeweiligen Einkommensteuerfestsetzungen für 2004 mit Bescheid vom 02.06.2008 bzw. für 2006 mit Bescheid vom 16.10.2008. Die hiergegen eingelegten Einsprüche blieben erfolglos. Das Hessische FG wies die Klage aus den in EFG 2018, 2035 mitgeteilten Gründen ab.

**6** Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt. Ihr sei in den Streitjahren keine vGA zugeflossen. Es fehle bereits eine hierfür erforderliche Vermögensminderung bzw. verhinderte Vermögensmehrung bei der B GmbH. Die Geschäftsanteile der C GmbH seien bereits bei Einbringung durch die Klägerin mit einem Nieðbrauch belastet gewesen. Folglich könne die Gewinnausschüttung an die nieðbrauchsberechtigte A GmbH keine Minderung des vorhandenen Vermögens der B GmbH bewirken. Die B GmbH habe vielmehr die direkte Ausschüttung von der C GmbH an die A GmbH dulden müssen und keinen Einfluss hierauf gehabt. Insbesondere habe sie auch nicht auf eine mögliche Gewinnausschüttung „verzichtet“. Aus diesem Grund sei auch die Rechtsprechung zu vGA zwischen Schwestergesellschaften bzw. im „Dreiecksverhältnis“ nicht auf den Streitfall übertragbar. Die A GmbH habe nichts von ihrer Schwestergesellschaft, der B GmbH, „erhalten“. Vielmehr sei die Ausschüttung von der C GmbH unmittelbar an die A GmbH erfolgt. Schließlich sei der B GmbH auch nicht vorzuhalten, dass sie der Einbringung nieðbrauchbelasteter Anteile zugestimmt habe, da ihr immer noch 20 % der Gewinnausschüttungen zustünden. Einer solchen Einbringung hätte auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter

zugestimmt. Darüber hinaus hätten die vom FA geänderten Einkommensteuerbescheide zur Folge, dass sie im Widerspruch zu den gesonderten Feststellungen der Besteuerungsgrundlagen nach § 27 Abs. 2 und § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG der B GmbH stünden. § 174 Abs. 1 AO stehe daher der vom FA durchgeführten Änderung entgegen.

**7** Die Klägerin beantragt,

das FG-Urteil, die Einspruchsentscheidung vom 31.01.2013 und die Einkommensteuerbescheide für 2004 vom 02.06.2008 und für 2006 vom 16.10.2008 aufzuheben, hilfsweise, der Klägerin die Gewinnausschüttungen der C GmbH in ihrer Eigenschaft als Nieðbrauchbestellerin in Höhe von 80 % direkt zuzurechnen.

**8** Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

**9** Die Revision der Klägerin sei unbegründet. Der Klägerin sei in Höhe der Zahlungen an die A GmbH infolge der Ausschüttungen seitens der C GmbH in den Streitjahren jeweils eine vGA i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG zugeflossen. Das FG habe rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die B GmbH der Klägerin einen Vermögensvorteil zugewendet habe. Dieser liege darin, dass die steuerlich bei der B GmbH zu erfassenden Gewinnausschüttungen im Wege der vGA an die Klägerin und im Anschluss als verdeckte Einlage an die A GmbH gegangen seien. Was ein Gesellschafter einlege, müsse ihm denklogisch zugeflossen sein. Unerheblich sei, dass die Klägerin keinen tatsächlichen Zahlungseingang hatte, da die Ausschüttung im abgekürzten Zahlungsweg direkt an die A GmbH erfolgt sei. Die Vermögenszuwendung habe auch auf einer Handlung der B GmbH beruht, nämlich dem Kapitalerhöhungsbeschluss und der Übernahme der neuen Stammeinlagen. Insofern habe die Zuwendung ihre Veranlassung auch im Gesellschaftsverhältnis gehabt. Die Feststellungen des FG seien insoweit in verfahrensfehlerfreier Weise zustande gekommen und verstießen nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze. Das FG habe sich insofern zu Recht auf den Beweis des ersten Anscheins einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung bei Zuwendungen zwischen Schwestergesellschaften und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des BFH gestützt. Darüber hinaus sei der Vorgang als Gestaltungsmissbrauch i. S. d. § 42 AO zu werten, da es – ungeachtet des Vorliegens einer vGA bei der Klägerin und X – ansonsten zu nicht besteuerten Einnahmen bei der Klägerin und X käme. Im Zeitpunkt der Ausschüttung seitens der C GmbH seien diese zwar steuerlich in voller Höhe bei der B GmbH zu erfassen; jedoch blieben diese wegen § 8b Abs. 1 KStG – weitestgehend – steuerfrei. Sodann könnten sich die Klägerin und X die aufgrund des Nieðbrauchs an die A GmbH erfolgten Ausschüttungen, die bei dieser das steuerliche Einlagekonto i. S. d. § 27 KStG erhöht hätten, als nichtsteuerbare Einlagenrückgewähr auszahlen lassen.

**10** II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Die Entscheidung des FG,

dass der Klägerin in den Streitjahren vGA i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG zugeflossen sind, hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand (unter 1.). Die Sache ist nicht spruchreif. Die tatsächlichen Feststellungen des FG reichen nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob die Vorteilszuwendung gesellschaftsrechtlich veranlasst war oder aus anderen (betrieblichen) Gründen erfolgte (unter 2.).

**11 1.** Die Entscheidung des FG, dass der Klägerin in den Streitjahren vGA i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG zugeflossen sind, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

**12 a)** Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen als sonstige Bezüge aus Anteilen an einer GmbH auch vGA. Eine vGA im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vorteil zuwendet und diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis hat (st. Rspr., vgl. zum Beispiel Senatsurteile vom 10.12.2019, VIII R 2/17, BFHE 267, 361 = BStBl. II 2020, S. 679 Rdnr. 24; vom 24.06.2014, VIII R 54/10, BFH/NV 2014, 1501 Rdnr. 15; Senatsbeschluss vom 12.06.2018, VIII R 38/14, BFH/NV 2018, 1141 Rdnr. 14). Sie kann auch ohne tatsächlichen Zufluss beim Gesellschafter verwirklicht werden, wenn der Vorteil dem Gesellschafter durch das Gesellschaftsverhältnis mittelbar in der Weise zugewendet wird, dass eine ihm nahestehende Person aus der Vermögensverlagerung Nutzen zieht (Senatsurteile in BFHE 267, 361 = BStBl. II 2020, S. 679 Rdnr. 24; vom 21.10.2014, VIII R 22/11, BFHE 248, 129 = BStBl. II 2015, S. 687 Rdnr. 27; vom 30.11.2010, VIII R 19/07, BFH/NV 2011, 449 Rdnr. 22; vom 22.02.2005, VIII R 24/03, BFH/NV 2005, 1266 unter II. 1. b) und vom 25.05.2004, VIII R 4/01, BFHE 207, 103 unter II. 2. b) aa)).

**13 b)** Das FG hat nach diesen Maßstäben in den Ausschüttungen der C GmbH an die A GmbH i. H. v. 236.033 € in 2004 bzw. i. H. v. 1.145.203 € in 2006 zwar zu Recht eine Vorteilszuwendung der B GmbH an die A GmbH gesehen. Die Ausschüttungen der C GmbH sind – auch insoweit – einkommensteuerlich der B GmbH als Anteilseignerin zuzurechnen (unter aa)). Durch die direkte Auszahlung an die A GmbH aufgrund des Quotennießbrauchs kam es sodann zu einer Vorteilszuwendung von der B GmbH an die A GmbH (unter bb)), die der Klägerin – vorbehaltlich der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung – aufgrund ihres „Näheverhältnisses“ zur A GmbH auch zuzurechnen ist (unter cc)).

**14 aa)** Die Ausschüttungen der C GmbH waren, auch soweit sie aufgrund des Quotennießbrauchs direkt an die A GmbH ausgezahlt wurden, einkommensteuerlich der B GmbH als Anteilseignerin zuzurechnen.

**15 (1)** Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der den Tatbestand der Erzielung der Einkünfte erfüllt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 EStG). Einnahmen aus Kapitalvermögen erzielt derjenige, der die rechtliche und tatsächliche Macht hat, das in § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 EStG genannte Kapitalvermögen entgeltlich auf Zeit zur Nutzung zu überlassen (BFH-Urteile vom 29.03.2001, IV R 71/99, BFH/NV 2001, 1251 unter 1. a) und vom 22.08.1990, I R 69/89, BFHE 162, 263 unter II. 2.), wo-

bei das Rechtsverhältnis maßgebend ist, auf dem die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung beruht. Dies gilt auch dann, wenn die Kapitaleinnahmen gemäß § 20 Abs. 3 EStG oder § 8 Abs. 2 KStG einer anderen Einkunftsart zugewiesen werden (BFH, Urteil vom 17.10.2001, I R 97/00, BFHE 197, 63 unter II. 1. m. w. N.).

**16 (2)** Zurechnungsobjekt einer Ausschüttung durch eine GmbH ist danach grundsätzlich der Anteilseigner (§ 20 Abs. 2a Satz 1 und 2 EStG, § 39 Abs. 1 AO). Einem zivilrechtlich hiervon abweichenden Gläubiger der Ausschüttung (zum Beispiel aufgrund einer Abtretung gemäß § 398 BGB oder aufgrund einer Nießbrauchbestellung gemäß § 1068 BGB) ist diese nur dann einkommensteuerlich zuzurechnen, wenn ihm die Dispositionsbefugnis über die Einkunftsquelle eingeräumt ist und seine Rechtsposition somit über das bloße Empfangen der Einkünfte hinausgeht (BFH-Urteil in BFH/NV 2001, 1251 unter 1. a); Urteil des FG Münster vom 14.01.2003, 7 K 2638/00 E, EFG 2003, 690 unter 2. c)). Hierfür reicht es nicht aus, wenn an einem GmbH-Geschäftsanteil unentgeltlich ein Nießbrauch zugunsten eines Dritten bestellt wurde, der dem Nießbrauchberechtigten lediglich einen Anspruch auf den mit der Beteiligung verbundenen Gewinnanteil gemäß § 1068 Abs. 2, § 1030 i. V. m. § 99 Abs. 2, §§ 100, 101 Nr. 2 BGB einräumt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Nießbrauchberechtigte – zum Beispiel durch Übergang der Mitverwaltungsrechte, insbesondere der Stimmrechte (insofern ist strittig, ob der Nießbrauch auch Mitverwaltungsrechte erfassen kann, vgl. zum Meinungsstand zum Beispiel Eрман/Bayer, BGB, 16. Aufl., § 1081 Rdnr. 7; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl., § 15 Rdnr. 217, jew. m. w. N.), oder durch Einräumung einer Stimmrechtsvollmacht – eine Rechtsposition innehat, die ihm entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft verschafft und insofern dem zivilrechtlichen Gesellschafter gleichstellt (so die h. M., zum Beispiel BFH-Urteile vom 18.11.2014, IX R 49/13, BFHE 247, 435 = BStBl. II 2015, S. 224 Rdnr. 15; vom 24.01.2012, IX R 51/10, BFHE 236, 356 = BStBl. II 2012, S. 308 Rdnr. 17 und 18; in BFHE 162, 263 unter II. 3.; vom 14.12.1976, VIII R 146/73, BFHE 121, 53 = BStBl. II 1977, S. 115; Urteil des FG Münster in EFG 2003, 690 unter 2. c)), vgl. auch Beschluss des BGH vom 05.04.2011, II ZR 173/10, NJW-RR Zivilrecht 2011, 1061; Kirchhof/Seer/Bleschick, EStG, 20. Aufl., § 20 Rdnr. 167; Herrmann/Heuer/Raupach/Buge, EStG, KStG, § 20 EStG Rdnr. 26; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Jochum, EStG, § 20 Rdnr. B 56, G 11; Brandis/Heuermann/Ratschow, § 20 EStG Rdnr. 455; Schmidt/Levedag, EStG, 40. Aufl., § 20 Rdnr. 236). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 20 Abs. 2a Satz 3 EStG, wonach ein Nießbrauchberechtigter als Anteilseigner gilt, wenn ihm die Einnahmen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuzurechnen sind. Diese Norm regelt keine abweichende Zurechnung der Einnahmen, sondern setzt diese voraus und fingiert den Nießbrauchberechtigten sodann als Anteilseigner (Herrmann/Heuer/Raupach/Buge, EStG, KStG, § 20 EStG Rdnr. 602; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Jochum, EStG, § 20 Rdnr. B 56).

**17 (3)** Nach diesen Grundsätzen hat das FG die Ausschüttungen der C GmbH zu Recht in vollem Umfang der B GmbH zugerechnet. Die B GmbH war infolge der Einbringung am 16.12.2004 im Zeitpunkt der Gewinnverteilungsbeschlüsse

vom 28.12.2004, 02.06.2006 und 28.12.2006 Anteilseignerin der Geschäftsanteile der C GmbH. Eine abweichende Zurechnung der Ausschüttungen ergibt sich auch nicht aus dem unentgeltlich bestellten Nießbrauch zugunsten der A GmbH in Höhe von 80 %. Dieser berechnete die A GmbH nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen und daher den Senat bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) nur zur Gewinnbeteiligung in Höhe von 80 %, wohingegen die Stimmrechte der B GmbH als Anteilseignerin zustanden, und sich daher (einkommensteuerlich) die direkt an die A GmbH seitens der C GmbH gezahlten Ausschüttungen lediglich als Vorausabtretung künftiger Ausschüttungen darstellten.

**18 bb)** Die direkte Auszahlung von 80 % der ertragsteuerlich der B GmbH zuzurechnenden Ausschüttung von der C GmbH an die A GmbH führte daher zu Vorteilszuwendungen der B GmbH an die A GmbH i. H. v. 236.033 € in 2004 bzw. i. H. v. 1.145.203 € in 2006. In dieser Höhe musste die B GmbH, der insofern kein Erstattungsanspruch zustand, die Auszahlung durch die C GmbH an die A GmbH wegen des Quotennießbrauchs dulden. Diese Vorteilszuwendungen beruhten nach den Feststellungen des FG auf Handlungen durch die Organe der B GmbH, nämlich dem Kapitalerhöhungsbeschluss und der Zustimmung zur Sacheinlage der nießbrauchbelasteten Geschäftsanteile der C GmbH durch die Gesellschafterversammlung der B GmbH vom 16.12.2004.

**19 cc)** Die Vorteilszuwendungen der B GmbH an die A GmbH sind der Klägerin – vorbehaltlich der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung (unter c) – auch zuzurechnen. Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass eine vGA auch ohne tatsächlichen Zufluss beim Gesellschafter verwirklicht werden kann, wenn der Vermögensvorteil dem Gesellschafter mittelbar in der Weise zugewendet wird, dass eine ihm nahestehende Person aus der Vermögensverlagerung Nutzen zieht. Das „Nahestehen“ in diesem Sinne kann familienrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder auch rein tatsächlicher Art sein (Senatsurteile in BFHE 267, 361 = BStBl. II 2020, S. 679 Rdnr. 26; in BFHE 248, 129 = BStBl. II 2015, S. 687 Rdnr. 27; in BFH/NV 2011, 449 Rdnr. 22, jew. m. w. N.). Im Streitfall handelt es sich bei der A GmbH als Vorteilsempfängerin um eine der Klägerin nahestehende Person in diesem Sinne.

**20 c)** Demgegenüber hält die Würdigung des FG, dass diese Vorteilszuwendungen ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis der B GmbH zur Klägerin hatten und andere (betriebliche) Gründe von vornherein ausgeschlossen sind, revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

**21 aa)** Neben dem Vorliegen eines „Näheverhältnisses“ zwischen Gesellschafter und Vorteilsempfänger ist eine vGA ohne tatsächlichen Zufluss beim Gesellschafter nur dann verwirklicht, wenn die Vorteilszuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis der vorteilsgewährenden Gesellschaft zum Gesellschafter hatte. Nur in diesem Fall ist die Zuwendung zulasten der vorteilsgewährenden Gesellschaft so zu beurteilen, als hätte der Gesellschafter den Vorteil erhalten und diesen an die nahestehende Person weitergegeben (vgl. Senatsurteil in BFHE 248, 129 = BStBl. II 2015,

S. 687 Rdnr. 27 m. w. N.). Unerheblich ist hingegen, ob der Gesellschafter selbst ein vermögenswertes Interesse an der Zuwendung hatte.

**22 bb)** Gewährt die Kapitalgesellschaft einer dem Gesellschafter nahestehenden Person einen Vorteil, so spricht zwar der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Vorteil mittelbar dem Gesellschafter zugewandt wird. Allerdings gilt dies uneingeschränkt nur für den Fall, dass andere Ursachen für die Zuwendung als das „Nahestehen“ des Empfängers zu einem Gesellschafter auszuschließen sind. Der Beweis des ersten Anscheins für eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis kann somit durch die Feststellung erschüttert werden, die Zuwendung des Vorteils habe ihre Ursache ausschließlich in einer vom Gesellschaftsverhältnis zum nahestehenden Gesellschafter unabhängigen Beziehung der Kapitalgesellschaft zum Empfänger der Zuwendung (vgl. Senatsurteile in BFHE 248, 129 = BStBl. II 2015, S. 687 Rdnr. 28; vom 06.12.2005, VIII R 70/04, BFH/NV 2006, 722 unter II. 1. a), jew. m. w. N.).

**23 cc)** Nach den Feststellungen des FG war die Vorteilszuwendung der B GmbH an die A GmbH durch die Einbringung der nießbrauchbelasteten Geschäftsanteile der C GmbH in die B GmbH aufgrund des Kapitalerhöhungsbeschlusses und der entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen veranlasst. Mit dieser vertraglichen Grundlage – so das FG weiter – habe die B GmbH der Klägerin einen Vermögensvorteil eingeräumt, den ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer einem Nichtgesellschafter nicht hätte zukommen lassen. Diese Würdigung wird jedoch nicht von den Feststellungen des FG getragen. Insbesondere ist nicht ausgeschlossen, dass die Einbringung der Geschäftsanteile an der C GmbH in die B GmbH gegen Erhalt neuer Geschäftsanteile an dieser zwischen den Vertragsbeteiligten – der Klägerin und der B GmbH – nach kaufmännischen Gesichtspunkten abgewogen und daher wie unter fremden Dritten vollzogen wurde. In diesem Fall wären die Einbringung der nießbrauchbelasteten Anteile und die nachfolgende Vorteilszuwendung der B GmbH an die A GmbH nicht gesellschaftsrechtlich veranlasst gewesen und eine vGA der B GmbH an die Klägerin ausgeschlossen. Das FG ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. Das FG-Urteil ist daher aufzuheben.

**24 2.** Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG erhält Gelegenheit, im zweiten Rechtsgang Feststellungen zur Einbringung der Geschäftsanteile der C GmbH in die B GmbH und den zugrunde liegenden Vereinbarungen nachzuholen. Dabei weist der Senat auf Folgendes hin:

**25 a)** Die objektive Feststellungslast dafür, ob die Voraussetzungen einer vGA vorliegen, obliegt grundsätzlich dem FA. Das betrifft auch die Frage nach der Veranlassung der Vorteilszuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis. Spricht der festgestellte Sachverhalt dafür, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann es allerdings Sache des Gesellschafters sein, den dadurch gesetzten Anschein zu widerlegen. Es gelten die allgemeinen Grundsätze der Beweisrisikoverteilung (vgl. Senatsbeschluss in BFH/NV 2018, 1141 Rdnr. 17; Senatsurteil in BFH/NV 2014, 1501 Rdnr. 28, jew. m. w. N.).

26 b) Entscheidend ist hiernach im Streitfall, ob die Einbringung der nießbrauchbelasteten Geschäftsanteile an der C GmbH in die B GmbH durch die Klägerin gegen Ausgabe neuer Geschäftsanteile der B GmbH nach kaufmännischen Gesichtspunkten abgewogen war. Insofern könnte zum Beispiel darauf abzustellen sein, ob im Vorfeld der Einbringung die Werte der Geschäftsanteile der C GmbH – unter Berücksichtigung der Belastung mit dem Nießbrauch – und der im Gegenzug neu auszugebenden Geschäftsanteile der B GmbH festgestellt und diese Anteilswerte auch den vertraglichen Vereinbarungen zugrunde gelegt worden waren. Mithin ist zu prüfen, ob die Ausgabe neuer Anteile der B GmbH an die Klägerin angesichts des der B GmbH aufgrund des Nießbrauchs im Ergebnis nur zustehenden Gewinnbezugsrechts von 20 % fremdüblich war. Demgegenüber dürfte es nicht fremdüblich sein, wenn die Einbringung der Anteile durchgeführt worden wäre, ohne dass die Klägerin und X eine Anteilsbewertung durchgeführt hätten und ohne Weiteres von einer Gleichwertigkeit der eingebrachten und der neu ausgegebenen Anteile der B GmbH ausgegangen wären. Sollten die Einbringungsverträge im Streitfall keine Anteilsbewertung zum Bestandteil haben, wäre es wiederum Sache der Klägerin, den Anschein einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung zu widerlegen.

27 aa) Scheiden nach diesen Maßstäben andere (betriebliche) Gründe aus, wären die Voraussetzungen einer vGA i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG der B GmbH an die Klägerin in Höhe der von der C GmbH an die A GmbH ausgezahlten Teile der Ausschüttungen – unter Berücksichtigung des Halbeinkünfteverfahrens gemäß § 3 Nr. 40 EStG – erfüllt und die Klage abzuweisen. Zugleich hätte die Klägerin in derselben Höhe Einlagen in die A GmbH getätigt. Dem stünde – entgegen der Auffassung der Klägerin – auch nicht § 174 Abs. 1 AO entgegen. Diese Regelung hat bei Vorliegen widerstreitend berücksichtigter Sachverhalte die Korrektur des fehlerhaften Bescheids zur Folge. Sie steht aber nicht der Korrektur der – in dieser Variante – fehlerhaften Einkommensteuerbescheide der Klägerin gemäß § 164 Abs. 2 Satz 1 AO entgegen, selbst wenn hierdurch ein solcher Widerstreit erst entstehen sollte.

28 bb) War die Einbringung hingegen fremdüblich vollzogen und die Vorteilszuwendung der B GmbH an die A GmbH folglich betrieblich veranlasst, wäre der Klage stattzugeben. Insbesondere läge in diesem Fall auch kein Gestaltungsmissbrauch i. S. d. § 42 AO vor. Entgegen der Auffassung des FA käme es insoweit zu keinen „steuerfreien“ Ausschüttungen der A GmbH an die Klägerin. Die direkt an die A GmbH ausgezahlten Ausschüttungen seitens der C GmbH wären einkommensteuerlich als Vorausabtretung der Ausschüttungen durch die B GmbH zu werten (siehe oben unter 1. b) aa) (3)), die bei der A GmbH als sonstiger betrieblicher Ertrag zu erfassen und nicht nach § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG von der Besteuerung auszunehmen wären. Eine nachfolgende Ausschüttung dieser Beträge durch die A GmbH unterläge bei der Klägerin wiederum nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG der Besteuerung und wäre – mangels vorheriger Einlagen durch die Klägerin – auch nicht als Einlagenrückgewähr gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG von der Besteuerung auszunehmen. Die Umgehung eines

Steuergesetzes i. S. d. § 42 Abs. 1 Satz 1 AO läge daher nicht vor.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Constantin Kemper**, München

Anhand eines komplexen Sachverhalts hatte der BFH Gelegenheit, die für die Gestaltungspraxis relevante Frage zu entscheiden, ob Kapitaleinkünfte aus nießbrauchbelasteten GmbH-Geschäftsanteilen steuerlich dem Gesellschafter oder dem Nießbrauchsberechtigten zuzurechnen sind. Der BFH stellt aus steuerrechtlicher Perspektive nachvollziehbare Zurechnungskriterien auf. Für die zivilrechtliche Gestaltung verbleiben jedoch nach wie vor Unsicherheiten.

### 1. Die Entscheidung

Der BFH entscheidet die Zurechnungsfrage differenziert: Grundsätzlich seien Kapitaleinkünfte – unabhängig vom Zahlungsweg – dem Gesellschafter als zivilrechtlichen Inhaber der Gesellschaftsanteile zuzurechnen. Eine davon abweichende Zurechnung der Einkünfte an den Nießbrauchsberechtigten komme nur dann in Betracht, wenn diesem durch die Ausgestaltung des Nießbrauchs im Einzelfall eine Stellung eingeräumt wird, die über das bloße Vereinnahmen der Ausschüttungen hinausgeht. Der BFH stellt damit fest, dass maßgebliches Kriterium für die steuerliche Zurechnung die Dispositionsbefugnis über die Einkunftsquelle aus den nießbrauchbelasteten Gesellschaftsanteilen sei.

Vor diesem Hintergrund geht der BFH in der Besprechungsentscheidung davon aus, dass die Gewinnausschüttungen nicht dem Nießbrauchsberechtigten, sondern dem Gesellschafter zuzurechnen sind. Sämtliche Mitverwaltungsrechte – namentlich das Stimmrecht – sind dem Gesellschafter verblieben, der Nießbraucher hat lediglich die Gewinnausschüttungen vereinnahmt. Eine irgendwie geartete Dispositionsbefugnis des Nießbrauchers über die Einkunftsquelle aus den Anteilen sei daher nicht zu erkennen. Der BFH spricht plakativ davon, dass sich die Einräumung des Nießbrauchs ohne Mitverwaltungsrechte wirtschaftlich als eine (steuerlich unbeachtliche) Vorausabtretung des Gewinnanspruchs darstelle.<sup>1</sup>

### 2. Anmerkungen

a) Die Entscheidung ist für die notarielle Praxis bedeutsam. Die Bestellung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen ist ein beliebtes Instrument für die Ge-

1 Rdnr. 16, 17 der besprochenen Entscheidung in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, FG Hessen, Urteil vom 16.08.2018, 11 K 371/13, DStRE 2019, 552, 555.



staltung einer Unternehmensnachfolge.<sup>2</sup> Hintergrund ist die durch den Nießbrauch eröffnete Möglichkeit, Vermögen von den daraus erzielten Erträgen zu trennen. Dadurch kann Vermögenssubstanz frühzeitig auf die Nachfolgegeneration übertragen werden, während der Übergeber finanziell durch den Nießbrauch abgesichert wird.<sup>3</sup> Im Zusammenhang mit diesen – häufig in erster Linie erbschaftsteuerlich motivierten – Gestaltungen darf aber keinesfalls die ertragsteuerliche Situation aus den Augen verloren werden. Denn die durch den Nießbrauch ermöglichte flexible Zuweisung von Erträgen kann zu unerwünschten steuerlichen Konsequenzen führen, wenn das Steuerrecht die durch den Nießbrauch zivilrechtlich „manipulierte“ Zuweisung nicht nachvollzieht.

Das verdeutlicht die Besprechungsentscheidung. Die Zurechnungsentscheidung hat für die Beteiligten erhebliche steuerliche Konsequenzen: Aufgrund der vorliegenden Gestaltung stellt sich nämlich die Folgefrage, ob die – im ersten Schritt der B-GmbH als Gesellschafterin zuzurechnenden Einnahmen – steuerlich betrachtet tatsächlich im Sinne einer „Vorausabtretung“ dem Nießbrauchsberechtigten zuzuordnen oder als mittelbare verdeckte Gewinnausschüttung an den Kläger zu qualifizieren sind. Der Kläger hätte die Ausschüttungen dann sofort der Abgeltungsteuer zu unterwerfen, obwohl sie ihm wirtschaftlich nicht zufließen. Die dadurch bewirkte Besteuerung rein fiktiver Einkünfte kann zu massiven Liquiditätsproblemen führen.

Ansatzpunkt ist folgende Überlegung: Da die Einkünfte dem Gesellschafter (B-GmbH) zuzurechnen seien, stelle sich die Ausschüttung an den Nießbrauchsberechtigten (A-GmbH) als Vorteilszuwendung dar. Diese Zuwendung erfolge – so Finanzverwaltung und Vorinstanz – alleine, um dem Kläger als Gesellschafter der B-GmbH einen Vorteil zu verschaffen. Da er zugleich Gesellschafter der A-GmbH ist, kämen ihm die Ausschüttungen mittelbar zugute. Der BFH stimmt dieser Argumentation im Grundsatz zu.<sup>4</sup> Die Zurückverweisung erfolgt lediglich zur Klärung der Tatsachenfrage, ob die Gestaltung fremdüblich, d. h. nach kaufmännischen Gesichtspunkten abgewogen oder durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst war.<sup>5</sup>

Unabhängig von dieser speziellen Konstellation entstünde ein vergleichbares Problem auch, wenn es sich sowohl bei Gesellschafter als auch Nießbrauchsberechtigten um natürliche Personen handelt: Obwohl die Gewinne unmittelbar an den Nießbrauchsberechtigten ausgeschüttet

werden, hat der Gesellschafter die Dividenden nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG durch Steuerabzug an der Quelle (Kapitalertragsteuer) zu versteuern.<sup>6</sup> Ist die Nießbrauchsbestellung privat veranlasst, kann die „Überleitung“ auf den Nießbrauchsberechtigten auch nicht einkunfts-mindernd geltend gemacht werden. Die „richtige“ steuerliche Zurechnung ist damit auch jenseits komplexer gesellschaftsrechtlicher Strukturen von eminenter Bedeutung.

b) Aus steuerlicher Perspektive ist dem BFH zuzustimmen. Einkünfte aus nießbrauchsbelasteten Kapitalgesellschaftsanteilen können pauschal weder dem Anteilseigner noch dem Nießbrauchsberechtigten zugerechnet werden. Das verdeutlicht § 20 EStG: Gemäß Abs. 5 Satz 1 der Norm sind Einkünfte aus Kapitalvermögen dem „Anteilseigner“ zuzurechnen. Anteilseigner ist aber nicht (immer) der zivilrechtliche Inhaber des Kapitalvermögens. Entscheidend ist das wirtschaftliche Eigentum im Sinne von § 39 AO (§ 20 Abs. 5 Satz 2 EStG). § 39 AO normiert ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Grundsätzlich knüpft das Steuerrecht an das zivilrechtliche Eigentum an (§ 39 Abs. 1 AO). Ausnahmsweise kann aber auch ein anderer, der den Eigentümer wirtschaftlich von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut ausschließt, „Eigentümer“ im Sinne des Steuerrechts sein.<sup>7</sup>

Wirtschaftlicher Eigentümer von Kapitalvermögen ist dementsprechend derjenige, der die Möglichkeit hat, mit der Kapitalanlage Marktchancen zu nutzen, das Vermögen zu verwalten, die Modalitäten seiner Anlage zu verändern oder das Kapitalvermögen einem anderen entgeltlich zur Nutzung zu überlassen.<sup>8</sup> „Anteilseigner“ ist also nicht, wer die Kapitaleinkünfte empfängt, sondern wer „wie ein Gesellschafter“ Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen kann und somit Dispositionsbefugnis über die Einkunftsquelle des Kapitalvermögens hat.<sup>9</sup>

c) Probleme bereitet die Subsumtion des Nießbrauchs unter die steuerlichen Prämissen. Das Gesetz bietet dabei keine Hilfestellung: § 20 Abs. 5 Satz 3 EStG stellt zwar klar, dass der Nießbraucher als „Anteilseigner“ im Sinne des Steuerrechts gelten kann, trifft aber keine Aussage dazu, wann dies der Fall ist.

Grundsätzlich wird man mit dem BFH davon ausgehen müssen, dass auch ein nießbrauchbelasteter Anteil wei-

2 Darstellung der Gestaltungsmöglichkeiten bei Barry, RNotZ 2014, 401, 402 ff.; Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis/Dilling, 2017, § 14, Rdnr. 183 ff.; Wälzholz, DStR 2010, 1786.

3 Barry, RNotZ 2014, 401, 402; Frank, MittBayNot 2010, 96; Löcherbach/Wegener, RFamU 2022, 369, 372.

4 Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung im Anschluss an BFH, Urteil vom 14.03.2017, VIII R 32/14, BeckRS 2017, 115207 Rdnr. 28.

5 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung, hierzu krit. Löcherbach/Wegener, RFamU 2022, 369, 374.

6 Löcherbach/Wegener, RFamU 2022, 369, 372. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Kapitalgesellschaft verpflichtet ist, die Kapitalertragsteuer einzubehalten und für den Steuerschuldner an das FA abzuführen. Daher fließen dem Nießbraucher sowieso nur die Nettodividenden zu.

7 BFH, Beschluss vom 03.03.2016, VIII B 25/14, BFH/NV 2016, 1021 (Frage „geklärt“); BeckOK-EStG/Schmidt, Stand: 01.10.2022, § 20 Rdnr. 389.

8 BFH, Urteil vom 29.03.2001, IV R 71/99, DStRE 2001, 1086, 1087; Schmidt/Levedag, EStG, 41. Aufl. 2022, § 20 Rdnr. 16.

9 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung; BFH, Urteil vom 24.01.2012, IX R 51/10, DStRE 2012, 581 Rdnr. 15.

terhin dem Gesellschafter zuzurechnen ist<sup>10</sup> Denn gemäß §§ 1068, 1030 BGB berechtigt der Nießbrauch nur zur Nutzenziehung, mithin zur Vereinnahmung der Erträge.<sup>11</sup> Weitergehende Einwirkungsmöglichkeiten im Sinne der erforderlichen „Dispositionsbefugnis“ auf das zugrunde liegende Kapitalvermögen erhält der Nießbraucher nicht. Insbesondere verbleiben die gesellschaftsrechtlichen Mitverwaltungsrechte, namentlich das Stimmrecht, beim Gesellschafter.<sup>12</sup> Das Stimmrecht steht kraft Gesetzes dem Inhaber des Geschäftsanteils zu und ist damit gerade keine aus dem Anteil zu ziehende Nutzung im Sinne von § 100 BGB.<sup>13</sup>

d) Ein den gesetzlichen Vorschriften entsprechender Nießbrauch begründet demnach keine ausreichende Dispositionsbefugnis über die Einkunftsquelle des Geschäftsanteils des Berechtigten.<sup>14</sup> Hierzu müssen – wie der BFH ausdrücklich festhält – dem Nießbraucher neben dem Gewinnbezugsrecht zusätzlich Mitverwaltungsrechte, insbesondere das Stimmrecht, zustehen.<sup>15</sup> Hierfür bieten sich verschiedene Gestaltungsvarianten an:

- 10 BeckOK-EStG/Schmidt, § 20 Rdnr. 477 m. w. N. So auch hinsichtlich des wirtschaftlichen Eigentums am Geschäftsanteil selbst, siehe dazu im Hinblick auf die Gewinnzurechnung i. d. R. § 17 EStG BFH, Urteil vom 18.11.2014, IX R 49/13, BStBl. II 2015, 224; Urteil vom 24.01.2012, IX R 51/10, BStBl. II 2012, S. 308.
- 11 Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 54; MünchKomm-BGB/Pohlmann, 8. Aufl. 2020, § 1068 Rdnr. 51; Barry, RNotZ 2014, 401, 408 f.
- 12 H. M., vgl. MünchKomm-BGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 71 f.; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 15 Rdnr. 53.
- 13 So die h. M., siehe Barry, RNotZ 2014, 401, 409 f.; Frank, MittBayNot 2010, 96, 99; Wachter, DStR 2016, 2065, 2067; Wälzholz, DStR 2010, 1786, 1790. Ausführlich zum Streitstand MünchKomm-BGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 73 ff. Eine Entscheidung durch den BGH steht soweit ersichtlich aus. Die Diskussion wird bislang für Personen- und Kapitalgesellschaften weitgehend parallel geführt, vgl. MünchKomm-BGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 70. Daher wird im Folgenden auch auf Literatur Bezug genommen, die sich auf Personengesellschaften konzentriert.
- 14 Darauf, ob der Nießbraucher gleichzeitig wirtschaftlicher Eigentümer des Geschäftsanteils ist, kommt es hingegen nach wohl h. M. nicht an (Littmann/Bitz/Pust/Möllenbeck, Das Einkommensteuerrecht (ESt), 162. Aufl. 2022, § 20 Rdnr. 85). Siehe dazu BFH, Urteil vom 18.11.2014, IX R 49/13, BStBl. II 2015, S. 224; Urteil vom 24.01.2012, IX R 51/10, BStBl. II 2012, S. 308.
- 15 Zutreffend stellt der BFH nicht auf eine „typologische“ Abgrenzung nach Vorbehalts- und Zuwendungsnießbrauch ab (so aber zum Beispiel noch BMF vom 23.11.1983, BStBl. I, S. 508). Das ist überzeugend, denn eine solche begriffliche Abgrenzung verstellt den Blick darauf, dass es nach den steuerlichen Grundsätzen nicht auf die Umstände der Bestellung des Nießbrauchs, sondern auf die konkret vermittelte Dispositionsbefugnis ankommt. Diese kann auch bei einem Zuwendungsnießbrauch gegeben sein, wenn dem Nießbraucher Verwaltungsrechte zugewendet werden; so auch Frank, MittBayNot 2010, 96, 103; BeckOK-EStG/Schmidt, § 20 Rdnr. 479.

Erstens kommt in Betracht, die Verwaltungsrechte als weiteren Inhalt des Nießbrauchs zu vereinbaren. Diese Gestaltung ist jedoch aus zivilrechtlicher Perspektive problematisch, da umstritten ist, ob und in welchem Umfang eine Übertragung von Verwaltungsrechten, insbesondere des Stimmrechts, auf den Nießbraucher zulässig ist. Dies wird unter Hinweis auf das sog. Abspaltungsverbot angezweifelt.<sup>16</sup> Zudem muss die Stimmrechtsübertragung in der Satzung zugelassen und ihr von den übrigen Gesellschaftern zugestimmt worden sein.<sup>17</sup> Schließlich ist in Hinblick auf die Kernbereichslehre zu beachten, dass jedenfalls das Stimmrecht in Grundsatzentscheidungen dem Gesellschafter verbleiben muss.<sup>18</sup> Die zivilrechtliche Unsicherheit kann in steuerlicher Hinsicht auch nicht einfach unter Verweis auf § 41 AO ignoriert werden.<sup>19</sup> Denn eine zivilrechtlich unwirksame Stimmrechtsübertragung befähigt den Nießbrauchsberechtigten im Konfliktfall nicht zu einer effektiven Durchsetzung seiner Interessen gegenüber dem Gesellschafter und verschafft ihm somit keine hinreichende Dispositionsbefugnis.<sup>20</sup>

Aufgrund der mangels höchstrichterlicher Klärung verbleibenden Rechtsunsicherheit in diesem Bereich wird empfohlen, die Stimmrechtsübertragung mit der Erteilung von Stimmrechtsvollmachten an den Nießbrauchsberechtigten zu flankieren.<sup>21</sup> Das wird jedenfalls dann als zulässig angesehen, wenn die Stimmrechtsvollmacht widerruflich ist und das Stimmrecht des Gesellschafters nicht verdrängt.<sup>22</sup>

Aus steuerlicher Perspektive nimmt der VIII. Senat in der Besprechungsentscheidung an, dass die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht dem Nießbraucher ausreichenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft verschafft, sodass ihm die Einkünfte zuzurechnen sind.<sup>23</sup> Das ist zu begrüßen, da dadurch trotz der zivilrechtlichen Unsicherheit bzgl. der Übertragbarkeit von Stimmrechten eine (steuer-)rechtssichere Gestaltung möglich ist.

- 16 OLG Koblenz, Urteil vom 16.01.1992, 6 U 963/91, MittRhNotK 1992, 276, 277; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 15 Rdnr. 53. Frank, MittBayNot 2010, 96, 99 schlägt vor diesem Hintergrund vor, von einer Stimmrechtsübertragung insgesamt abzusehen und Bindungen auf das Innenverhältnis zu beschränken.
- 17 Kruse, RNotZ 2002, 69, 75; MünchKomm-BGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 96; Wachter, DStR 2016, 2065, 2069.
- 18 BGH, Urteil vom 09.11.1998, II ZR 213/97, NJW 1999, 571; siehe auch Frank, MittBayNot 2010, 96, 99; Kruse, RNotZ 2002, 69, 75 f.
- 19 BFH, Urteil vom 06.05.2015, II R 34/13, DStR 2015, 1799, 1801.
- 20 So zu Recht Wachter, DStR 2016, 2065, 2069.
- 21 Barry, RNotZ 2014, 401, 410; Frank, MittBayNot 2010, 96, 99 (mit Formulierungsvorschlag auf S. 104); Wälzholz, DStR 2010, 1786, 1790.
- 22 MünchKomm-BGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 96; Wachter, DStR 2016, 2065, 2071. Die Erteilung von Stimmrechtsvollmachten kann allerdings durch Satzung ausgeschlossen oder beschränkt werden.
- 23 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung. So auch bereits BFH, Urteil vom 24.01.2012, IX R 51/10, DStRE 2012, 581, 583.



Leider unterbleibt jedoch eine genauere Auseinandersetzung mit der Problematik, da die Besprechungsentscheidung keinen Anlass dafür bot. Aufgrund der zivilrechtlichen Grenzen für Stimmrechtsvollmachten, namentlich dem „Verdrängungsverbot“, das dazu führt, dass sich im Konfliktfall doch die Stimme des Gesellschafters durchsetzt,<sup>24</sup> kann man nämlich durchaus Zweifel an einer ausreichenden Dispositionsbefugnis des Nießbrauchers hegen.<sup>25</sup> Unklar bleibt, ob der BFH diese Problematik gesehen hat.

Weitere „Verstärkungen“ der Stellung des Nießbrauchers, etwa durch den Abschluss von Stimmbindungsvereinbarungen, mögen die steuerliche Argumentation unterstützen, eine gewisse Unsicherheit verbleibt. So betrifft auch die Verletzung von Stimmbindungsvereinbarungen nur das Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Gesellschafter und begründet ggf. Schadensersatzansprüche,<sup>26</sup> gibt dem Nießbrauchsberechtigten aber keinen echten Einfluss auf die Gesellschaft.

24 *Wälzholz*, DStR 2010, 1786, 1790.

25 *Wachter*, DStR 2016, 2065, 2072. Vgl. auch BFH, Urteil vom 24.01.2012, IX R 51/10, DStRE 2012, 581, 583, der ausdrücklich eine effektive Durchsetzbarkeit der Rechte im Konfliktfall fordert, jedoch ohne dies in Bezug auf Stimmrechtsvollmachten zu problematisieren.

26 Vgl. *Barry*, RNotZ 2014, 401, 412. *Wälzholz*, DStR 2010, 1786, 1790 schlägt zusätzlich vor, die Verletzung von Stimmbindungsvereinbarungen bzw. die Beeinträchtigung der Stimmrechtsvollmacht im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge als bedingten Rückforderungsgrund zu vereinbaren.

e) Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die steuerlichen Prämissen für die Einkünftezurechnung aus nießbrauchsbelasteten Kapitalgesellschaftsanteilen als geklärt gelten können. Der BFH hat sich klar positioniert und fordert eine „Dispositionsbefugnis“ des Nießbrauchsberechtigten über die Einkunftsquelle durch Übertragung der Stimmrechte.

Problematisch ist aber weiterhin, wie diese Übertragung zivilrechtlich gestaltet werden kann. Für die Praxis bleibt die – unbefriedigende – Empfehlung, trotz zivilrechtlicher Bedenken sowohl eine Stimmrechtsübertragung als Inhalt des Nießbrauchs zu vereinbaren als auch zusätzlich möglichst weitreichende Stimmrechtsvollmachten zu erteilen, wenn die Zurechnung zum Nießbrauchsberechtigten beabsichtigt ist. Die Beteiligten sind dabei auf die zivilrechtlichen Unsicherheiten hinzuweisen. Bis diese beseitigt werden,<sup>27</sup> kann der Nießbrauch in kritischen Situationen auf die Erträge nach Abzug einer möglichen Einkommensteuerbelastung beim Gesellschafter beschränkt werden, um die Beteiligten gegen Steuerrisiken abzusichern.<sup>28</sup>

27 Die Zulässigkeit einer Stimmrechtsübertragung mittels Nießbrauchs zutr. bejahend *Barry*, RNotZ 2014, 401, 410 und – wenn auch bezogen auf den Nießbrauch am Anteil an einer Personengesellschaft – *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 75 sowie *Wachter*, DStR 2016, 2065, 2068 f.

28 *Wu*, NZG 2022, 1206, 1210, *Barry*, 2014, 401, 420.



# Teil 1: Metaphern und Geschichten als Brücke zum Mandanten

Von Notarin Dr. Claudia Balzer, Nürnberg

**Der Beitrag lenkt den Blick auf die Chancen, die sich dem Notariat auf zwischenmenschlicher Ebene durch den verstärkten Einsatz von künstlicher Intelligenz (KI) in Zukunft eröffnen könnten.**

KI und digitale Werkzeuge, ja digitale Welten sind fester Bestandteil der Realität und nehmen stets größere Räume ein. Schon lange ist ein nicht von der Hand zu weisender Kritikpunkt an dieser modernen Lebenswirklichkeit, dass das soziale Miteinander der Menschen immer spärlicher wird. Dystopisch mutet beispielsweise an, künftig die Diagnose einer schweren Krankheit lediglich von einem Avatar zu erhalten und dann alleine mit einem Computer die Behandlung zu besprechen. Recherchiert man über die Auswirkungen der KI auf das Leben und insbesondere Berufe,<sup>1</sup> werden Professionen, die mit Texten arbeiten, als stark betroffen genannt. Reißerisch und mit unverhohlener Häme beerdigen bereits manche Journalisten den Berufsstand der Juristen. Seriöser argumentierende Quellen rechnen mit einem erheblich geringeren Bedarf an zumindest menschlicher Arbeitskraft für das Erstellen juristischer Texte.<sup>2</sup> Im Lichte der sich bereits ereignenden wie auch der noch bevorstehenden technischen Umwälzungen lohnt es sich, das Rollenverständnis des notariellen Berufsstandes zu einem möglichst frühen Zeitpunkt zu reflektieren und sich bewusst auf zukünftige Herausforderungen vorzubereiten.

## I. Arbeit mit dem Menschen, nicht am Menschen

Notaren<sup>3</sup> weist § 17 BeurkG eine wichtige Aufgabe bei der Erfüllung menschlicher Bedürfnisse zu, die neben hoher juristischer Qualifikation eine besondere Expertise im persönlichen Umgang mit Menschen beinhaltet. Der Notarberuf hat sich seit seiner Entstehung vielfach gewandelt,

und die meisten Kollegen leben jeden Tag vor, wie elementar heute die menschliche Interaktion in unserem Beruf ist: Sie treten mit ihren Mandanten in einen intensiven Austausch, fragen nach, erklären und gestalten mit jedem einzelnen Mandanten wesentliche Teile seiner persönlichen Welt. Notare arbeiten **mit** dem Menschen, nicht **am** Menschen. Die Stärkung notarieller Kompetenzen im sozial-interaktionalen Kernbereich kann für die Gewährleistung der Zukunftsfähigkeit des „Notariats mit KI“ ein wichtiger Schlüssel sein.

## II. Willenserforschung erfordert Kommunikationsfähigkeit

Menschliche Kommunikationsfähigkeit ist im notariellen Berufsalltag zur Erbringung einer individuellen Beratungsleistung ein unerlässlicher Bestandteil. Der Mandant möchte in der Regel in Alltagssprache sein Anliegen mitteilen, mit dem Notar mögliche Lösungen besprechen und dadurch den Sinngehalt der für ihn entworfenen Urkunde entschlüsseln. Dazu braucht es den Notar, der in Alltagssprache erklärt. Genauso möchte und soll der Mandant verstehen, welche möglichen juristischen Werkzeuge für ihn welche Auswirkung haben, so dass er seinen Willen konkreter und spezifischer bilden<sup>4</sup> und mit dem Notar gemeinsam das finden kann, was ihm wirklich dient. Dazu müssen ihm seine Möglichkeiten und deren Konsequenzen klar vor Augen geführt werden; verschiedene Optionen sind gemeinsam zu bewerten. Geht es darum, die Stimmigkeit einer Entscheidung für den Mandanten und sein Umfeld zu prüfen, lehrt die Erfahrung, viel Aufmerksamkeit auch auf nonverbale Signale und zurückhaltend geäußerte Zweifel oder Unsicherheiten zu legen und diesen Raum zu geben. All das ist Kernbereich des „People Business“ des Notariates.

1 Z. B. „Think beyond tomorrow – KI, mein Freund und Helfer – Herausforderungen und Implikationen für die Mensch-KI-Interaktion“ <https://www.fim-rc.de/Paperbibliothek/Veroeffentlichung/1048/wi-1048.pdf>

2 Nur exemplarisch: <https://www.businessinsider.de/tech/chatgpt-diese-zehn-berufe-koennten-in-zukunft-von-der-kuenstlichen-intelligenz-uebernommen-werden-d/> oder <https://www.lto.de/karriere/im-job/stories/detail/kuenstliche-intelligenz-bots-technologie-anwaltsberuf-rechtsberatung-industrie-zukunft>

3 Im Folgenden bleibe ich zur Vereinfachung bei „Notar“ als Begriff, was selbstverständlich alle Geschlechter einschließt.

4 Wolfsteiner, DNotZ 2020, 455 hat den Umgang mit nur rudimentär oder gar nicht gebildetem Willen des Mandanten als wichtiges Element der ars notarii humorvoll und nicht minder eindrucksvoll auf den Punkt gebracht. Kommunikative Werkzeuge und Techniken zur Unterstützung eben dieser Willensbildung in Fällen, in denen der Notar gerade nicht bloße technische, sondern „wirkliche Willensentwicklung“ im Mandanten betreiben möchte, werden künftig noch stärker in den Fokus des Notariates rücken – ebenso wie in vielen anderen beratenden Berufen.

### III. Der Notar als Brückenbauer zwischen den Welten

Sinnbildlich für die vielfältigen Aufgaben im Sinne des § 17 BeurkG ließe sich der Notar als Brückenbauer charakterisieren, der eine Brücke zwischen der Gedankenwelt des Mandanten und der juristischen Welt baut. Der Mandant meint zu wissen, was er tun möchte, z. B. eine Immobilie übertragen, aber nach ein paar Fragen stellt sich oft heraus, dass ein völlig anderes Konstrukt – etwa ein Testament, eine Vorsorgevollmacht oder die Einräumung eines Wohnungsrechts – den Vorstellungen und Bedürfnissen des Mandanten viel besser entsprechen würde. Wie entwickelt sich bei solchen Beratungsgesprächen eine Lösung für das Problem des Mandanten? Und wie lassen sich die Kompetenzen des Notars als beratender Experte und Brückenbauer bei der Lösungsfindung beschreiben?

Eine wichtige Brücke zwischen Menschen ist die Sprache. Das Übersetzen juristischer Fachsprache für Mandanten lässt sich mit der anspruchsvollen Tätigkeit des Dolmetschens vergleichen, die Worte aus einer Sprachkultur in eine andere sinngemäß überträgt. Auch für juristische Fachbegriffe gibt es keine einfachen Entsprechungen in der Alltagssprache. Die Brücke darf den Weg auf der anderen Seite nicht verfehlen. Stichwort „Planungsversagen“: Eine Brücke endet im Nichts, ohne eine Straße, die daran anschließt. Weil wir Brücken bauen wollen, die unsere Mandanten bequem nutzen können, sollten diese dazu passen, wie Menschen Sprache kognitiv verarbeiten. Und wie kommt ein Mandant zu der Überzeugung, dass er etwas verstanden hat?

### IV. Abstraktionen anschaulich in Bilder und Metaphern übersetzen

Juristische Formulierungen verdichten komplexe Vorgänge in Abstraktionen, ausgedrückt z. B. in Worten wie „Vormerkung“ oder „Vermächtnis“. Hinter diesen Abstraktionen steht ein Geflecht von Vorschriften und bereits entschiedenen Fällen, die der Notar mitdenkt, wenn er die Worte benutzt. Schon ein Jurist, der ein anderes Fachgebiet schwerpunktmäßig betreut, hat deutlich weniger konkrete Vorstellungen, was kautelarjuristische Fachbegriffe genau bedeuten, auch wenn er sie im Studium samt der dazugehörigen Normen kennengelernt hat. Wie aber wird eine Abstraktion kognitiv in einen konkreten Inhalt umgewandelt?

Zur Veranschaulichung möchte ich eine alltägliche Abstraktion nutzen, nämlich das Wort „Vater“.

Hier entstehen ohne Weiteres Bilder in Ihrem Kopf: Ihr eigener Vater, Ihre Rolle als Vater oder die Ihres Partners, wenn Sie Kinder haben. Bei Gläubigen könnte der Begriff „Vater“ vermutlich als Synonym für Gott verstanden werden und ganz andere Vorstellungen erzeugen. Doch das Prinzip ist dasselbe: Das Gehirn „denkt“ in Bildern und Geschichten. Jeder Mensch hat in seinem sogenannten „episodischen Gedächtnis“ alle Erlebnisse als Bilder oder Filmsequenzen abgespeichert. Niemand kann immer auf alle aktiv zugreifen, aber wenn ich Sie frage, was Sie am Tag von 9/11 ge-

macht haben oder wie Ihr letzter runder Geburtstag abgelaufen ist, haben Sie dazu innere Bilder und Filme. Das Wort „transderivationale Suche“ wird dagegen in den meisten von Ihnen keine Vorstellung provozieren, auch wenn der Vorgang, der zum Beantworten meiner Fragen erforderlich war, so bezeichnet wird: Sie haben nach Bildern und Geschichten mit dem Inhalt „Vater“ in Ihrer Vergangenheit gesucht. Abstrakte Begriffe sind für die Menschen bedeutungsvoll und nützlich, die jenen wahrnehmbare Inhalte – Bilder, Filme, Geräusche, Gerüche, Geschmackserlebnisse, Gefühle – zuordnen können.

Jeder Notar entwickelt im Laufe seiner Tätigkeit sein ganz persönliches Erfahrungswissen durch Erlebnisse, die als Fälle und Sachverhalte – also Geschichten – die Abstraktionen der juristischen Sprache mit Leben füllen. So haben auch Sie eine sinnesspezifische Vorstellung davon, was ein Nießbrauch ist, was ein Erbbaurecht und was ein Sondernutzungsrecht.

Dem Mandanten hingegen erschließen sich die konkreten Inhalte solcher abstrakt-genereller Begrifflichkeiten in der Fachsprache regelmäßig nicht. Teilweise kamen in seinem persönlichen Erleben vielleicht einige Fachbegriffe in eigenen früheren Beurkundungen vor. Oder sie sind mit fremden Erfahrungen verbunden, etwa weil die Eltern schon einmal beurkundet haben lassen. Nun möchte der Mandant es den fremden Vorbildern gleich tun und beispielsweise eine Immobilie übertragen oder übertragen erhalten. Oftmals sind mit kautelarjuristischen Begriffen aufgrund familiärer Vorgeschichten sogar negative Emotionen verbunden und der Mandant lehnt in der Gegenwart ein bestimmtes rechtliches Werkzeug ab, ohne genau zu wissen, was und warum das erlebte Problem entstanden ist.

Exemplifizieren lässt sich Letzteres mit dem „Berliner Testament“. Was das genau ist und wie man es gestalten könnte, ist mit dem Wort nicht gesagt. Im Gedächtnis des Mandanten ist aber die Vorstellung fest verankert, dass es oft damit Probleme gibt und „dann alles so unflexibel ist und viel Ärger macht“. Damit gibt es im Mandanten sogar eine Geschichte, die im Umgang mit dem eigenen letzten Willen Ängste hervorrufen und blockierend wirken kann. Um dem Mandanten dabei zu helfen, solche Blockaden zu überwinden und in diesem Beispiel eine für ihn passende letztwillige Verfügung zu entwickeln, braucht er klar und einfach strukturierte Informationen in seiner Sprache, aber auch Kenntnis, was die verschiedenen Fachbegriffe bedeuten. Worte wie „Erbe“, „Vermächtnis“, „Bindungswirkung“ usw. und damit jeweils verbundene Rechtswirkungen benötigen in der Erlebnis- und Sprachwelt des Mandanten einen für ihn greifbaren Inhalt – bildlich gesprochen muss eine Brücke zwischen dem Erbrecht und der persönlichen Realität des Mandanten samt seinen bisherigen Erfahrungen geschlagen werden.

### V. Fundgrube an Metaphern zur erleichterten Kommunikation mit den Mandanten

Wie bekommt der Notar die hierzu relevanten Teile seines eigenen Erfahrungsschatzes in einer Form, die dem Mandanten nützt, in den Kopf des Mandanten? Wie erklärt er

juristische Begriffe, Konzepte und Vorgänge derart anschaulich, dass der Nichtjurist diese zumindest in wesentlichen Grundzügen verstehen kann, um eine selbstbestimmte Entscheidung über die ihn betreffende Vertragsgestaltung fällen zu können? Der Mandant braucht eine konkrete, sinnesspezifische Darstellung der relevanten Punkte – also eine Antwort auf die Frage „Wie funktioniert die vorgestellte Vertragsgestaltung im echten Leben, und was würde diese konkret für mich bedeuten?“

Bei diesem Prozess helfen häufig Metaphern, also Analogien aus dem Alltagsleben, die die Bedeutung juristischer Abstraktionen illustrieren. Eine praxiserprobte Metapher aus dem WEG-Recht besteht z. B. darin, die Wohnungseigentümergeinschaft mit einem Fußballverein zu vergleichen – Mitglieder treten ein und aus, nutzen die Sportanlagen und zahlen für diese, aber die Anlagen gehören ihnen nicht. Schlüsselsatz: „Beim Austritt bleiben die Fußballtore beim Verein.“ Hier versteht der Mandant das Wesentliche an der Rechtsfähigkeit der WEG und deren grundlegende Folgen aus seinem eigenen Erleben heraus; er hat sinnesspezifische eigene gespeicherte Erfahrungen zu dieser Metapher, die er abrufen und mit dem Wort „Wohnungseigentümergeinschaft“ verknüpfen kann.

Jeder Notar legt sich – bewusst oder unbewusst – ein gewisses Repertoire an solchen Metaphern zur Erklärung zu recht. Hierfür eignen sich in besonderer Weise Sachverhalte aus Rechtsprechungsfällen oder selbst im Laufe des Berufslebens erlebte Fälle, die der Notar als gekürzte und vereinfachte Geschichten benutzen kann, um bestimmte juristische Werkzeuge erlebbar zu erklären.

Für junge Notare wird das Prinzip oft im Rückblick auf ihre Studienerfahrungen verständlich. Anhand eines konkreten Falles konnten sie viel leichter verstehen, „wofür etwas gut ist“ oder „was es bedeutet“, und damit den abstrakten Beschreibungen im Lehrbuch „Fleisch an die dünnen Knochen“ bringen. Genau das interessiert – in verdaulich gestalteter Kürze und bildlich aufbereitet – auch den Mandanten, der zwischen verschiedenen Möglichkeiten wählen, sich auf ein Risiko einlassen oder eine sonstige Entscheidung treffen möchte.

Das Gehirn arbeitet immer sinnesspezifisch, d. h., es verarbeitet durch die Sinne – sehend, hörend, fühlend, schmeckend, riechend – wahrnehmbare Eindrücke und codiert den so erzeugten konkreten Gedächtnisinhalt in Verbindung mit abstrakten Begriffen. Damit können diese Begriffe und Inhalte erinnert, weiter benutzt und verarbeitet werden.

Genauso wirken beim Verstehen juristischer Begriffe und Zusammenhänge Bilder, Metaphern und Geschichten, wenn sie dem Mandanten in Erlebnisinhalten, die er kennt, vor Augen führen, um was es in seinem Fall geht. Und dabei ist bei vielen notariellen Themen nicht nur relevant, was es in der Gegenwart bedeutet, sondern in vielen Fällen auch, was es in 20 Jahren bedeuten könnte, wenn zu erwartende Ereignisse wie z. B. Scheidung, Todesfälle oder Geschäftsunfähigkeit eintreten. Mit kurzen Geschichten von Fällen aus der Praxis kann der Notar den Mandanten gleichsam in die Zukunft fliegen lassen, damit er auch da ermessen kann,

wie es ihm und seinen Angehörigen mit dieser Urkunde wohl ergehen könnte.

## VI. Beziehungen mit Alltagsgegenständen visualisieren

Neben sprachlichen Metaphern können auch ganz normale Alltagsgegenstände genutzt werden, um Sachverhalte zu visualisieren. Ein Klassiker für Erklärbedarf ist der Unterschied von „Vererben“ und „Vermachen“. Hier ist wenig eigener Erfahrungsschatz des Mandanten zu erwarten, so dass ich dieses Konstrukt gerne visualisiere. Das hat den Vorteil, dass der Mandant nicht auf eigene innere Bilder angewiesen ist, sondern unmittelbar meinen Darstellungen folgen kann. Ich nutze dabei Dinge, die auf dem Beurkundungstisch liegen; irgendetwas Passendes ist auch bei Ihnen sicher verfügbar.

Auf meinem Beurkundungstisch steht ein kleiner Stifteköcher. Den nehme ich in die Hand mit der Erklärung, dass dies den gesamten Nachlass im Todeszeitpunkt darstellt – „Geld, Immobilien, Wäsche, ranzige Butter im Kühlschrank, Schulden, Arztrechnungen, einfach alles. Das bekommen die Erben als Ganzes.“ Mit der Aufzählung ist auch klar, dass ein Erbe nicht nur tolles Vermögen zu sein braucht, sondern auch die Aufräumarbeit beinhaltet. Dann ziehe ich einen der Stifte aus dem Köcher und erläutere gleichzeitig, dass „der Erbe im Testament mit einem Vermächtnis belastet werden kann, z. B. den Inhalt des Weinkellers an einen Freund zu geben“, wobei ich den Stift einem imaginären Freund reiche. Damit kann der Mandant den Unterschied sehr direkt und sinnesspezifisch wahrnehmen, sich merken und auch selber damit weiterdenken. Kommen dann im Gespräch doch noch einmal Erbe und Vermächtnis durcheinander, reicht ein Griff zum Stifteköcher oder dem Stift und der Mandant kann zuordnen, über welchen Teil er gerade nachdenken soll.

Für „Erbauseinandersetzung“ im Gegensatz zu „Miteigentumsanteile übertragen“ visualisiere ich den Gesamtnachlass mit den Händen und einer sprachlichen Metapher als „den Sack, in dem das ganze Erbe mit allen Nachlassgegenständen drin ist“. An dem Sack haben alle Erben einen Anteil. „Und jetzt müssen wir diesen Sack aufknoten“ (das tun dann auch meine Hände mit dem vorgestellten Sack), „das zu übertragende Grundstück rausholen“ (mit einer Hand, auf der ich anschließend „das Objekt“ halte), „damit wir es dann an einen oder einige Miterben übertragen können“ (womit ich „das Objekt“ auf meiner Hand dem Erwerber hinreiche). Dabei bietet es sich an, gleich die Wertansätze in der Kostenrechnung zu erklären, falls hier Nachfragen zu erwarten sind.

In ähnlicher Weise und auch auf mehreren Sinneskanälen lässt sich gut die Rückkaufassungsvormerkung erklären: Ich nehme einen Gegenstand (z. B. Stifteköcher), der das Objekt symbolisiert, auf die Hand, reiche ihn Richtung Erwerber und ziehe einen imaginären Faden zu mir, an dem ich als Veräußerer ziehen kann, wenn einer der Gründe für die Rückübertragung in der Urkunde eintritt. Erkläre ich noch, dass das Objekt nicht sicher beim Erwerber bleiben wird und Investitionen des Erwerbers ins Objekt nicht bzw. nur

mit den geregelten Bedingungen zurückerstattet werden, ploppen ziemlich sicher etwaige Planungen des Erwerbers auf, die zu ungerecht empfundenen Rückübertragungen führen könnten. Dies passiert regelmäßig, wenn ein Erwerber zeitnah selbst einziehen und er und vielleicht auch sein Ehepartner erhebliche Investitionen dazu tätigen möchte. Ohne die Brücke der Visualisierung fällt es vielen Familien schwer zu ermessen, was diese „übliche Klausel, die halt immer drin ist, damit die jungen Leute keinen Blödsinn machen“, wirklich bedeutet.

Ich hatte übrigens erst kürzlich einen Fall, bei dem diese Rückauffassungsvormerkung möglicherweise zu derart unerwarteten Problemen führen wird und den ich sofort in meine Sammlung von Erklär-Geschichten aufgenommen habe: Die Tochter erhält noch während ihres Studiums ein ungeteiltes Mehrfamilienhaus, Jugendstil, in einem damals wenig attraktiven Stadtteil der Innenstadt. Es wurden Nießbrauch und ein Rückübertragungsrecht mit den üblichen Rückübertragungsgründen, insbesondere Vorversterben, samt Rückauffassungsvormerkung geregelt. 20 Jahre später, sie und ihr Mann sind kinderlos und wohnen in einem Bungalow auf dem Land, möchten sie in die Beletage dieses Hauses einziehen. Mittlerweile hat sich der Standort in einen angesagten Stadtteil mit hoher Attraktivität gewandelt. Sie verkaufen ihren Bungalow, investieren das Geld mit mündlichem Einverständnis der Eltern in die Wohnung samt Garten und wohnen dort mietfrei. Jetzt, noch einmal 15 Jahre später, möchte die Frau „ihre Wohnung“ auf ihren Mann übertragen, denn sie ist schwer erkrankt und möchte, dass er abgesichert ist. – Sie können sich vorstellen, wie das Paar schaute, als ich den Grundbuchauszug abgerufen hatte und sie erkennen mussten, dass die Übertragung auf den Ehemann ausgeschlossen ist. Ihre Eltern leben beide noch, körperlich fitter als sie, aber geistig nicht mehr ganz auf der Höhe – zumindest sind sie altersstarrsinnig. Schon in unserer Besprechung ist der Tochter und ihrem Mann klar: Weder die Änderung der Rückübertragungsgründe noch eine Aufteilung in Wohnungseigentum und Übertragung der Wohnung auf den Ehemann wäre den Eltern jetzt zu vermitteln, auch wenn das vor einigen Jahren noch kein Problem

gewesen wäre. Sonstige Vermögenswerte der Ehefrau sind kaum vorhanden, über die der Mann noch eine Absicherung bekommen könnte.

Dieses Beispiel zeigt jedem Vertragsgestalter, wie wichtig es ist, mit dem Mandanten eine Rückübertragungsklausel genau zum Fall passend zu gestalten, z. B. in Fällen der Eigennutzung durch den Erwerber womöglich auch noch mit eigenen Kindern – anders als bei noch kinderlosen, sehr jungen Erwerbern. Und diese Geschichte illustriert dem Mandanten, der jetzt noch jung und kinderlos ist, dass er bei gewichtigen Änderungen wie solchen Investitionen, sich vorab beraten lassen sollte. Ein „da war doch was ...!“ reicht ja schon aus, dass eine Klärung vor der Investition erfolgt.

Die lapidare abstrakte Aussage, wonach eine Rückauffassungsvormerkung bei Investitionen des Erwerbers und vor allem des Ehegatten des Erwerbers zu möglicherweise ungerechtfertigten Vermögensverschiebungen und Wertersatzproblematiken führen kann, hätte dem Mandanten die Erzeugung eigener Bilder wohl deutlich erschwert.

Dem Mandanten neben einer juristisch guten Arbeit stets das Gefühl zu geben, eine wertvolle persönliche Betreuung erhalten und inhaltliche Klarheit erlangt zu haben, vermag die Quelle für Sinnstiftung und Zufriedenheit im notariellen Beruf zu sein und die Zukunftsfähigkeit des Berufsstandes langfristig zu erhalten – einer auch noch so technisch ausgefeilten KI zum Trotz.<sup>5</sup>

5 Ich bin sehr gespannt auf Ihre Metaphern und Geschichten aus dem Beratungs- und Beurkundungsalltag, mit denen Sie unsere Welt dem Mandanten näherbringen. Schreiben Sie mir gerne, die Fundgrube der nächsten Folge freut sich! Auch Anregungen zu der Frage, welchen Mehrwert wir künftig unseren Mandanten zusätzlich bieten könnten, der heute noch nicht klassische Notartätigkeit, aber doch eng mit unserer Tätigkeit verknüpft ist, sind hoch willkommen. Hier wartet eine Vielzahl noch nicht in Worte gefasster Aspekte unseres Kernbereichs aus § 17 BeurkG in Verbindung mit einer bewussten Sicht auf menschliche Interaktionen darauf, beschrieben zu werden und die tägliche Arbeit zu bereichern.



## Veranstungshinweise

### 13. Bochumer Erbrechtssymposium

#### „Der Erbfall als Ernstfall – Erbrecht unmittelbar nach dem Erbfall“

Freitag, 05.05.2023, ab 13:00 Uhr

Ruhr-Universität Bochum (Saal 2a im Veranstaltungszentrum) oder Online-Teilnahme über Zoom

#### Veranstalter:

Prof. Dr. *Katharina Uffmann* (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht der Familienunternehmen);

Hereditare – Wissenschaftliche Gesellschaft für Erbrecht e. V., vertreten durch den Vorstand: RiBGH Prof. Dr. *Christoph Karczewski*, Prof. em. Dr. *Karlheinz Muscheler*, RA Prof. Dr. *Andreas Frieser*, RA Dr. *Guido Perkams*, LL.M., Prof. Dr. *Katharina Uffmann*.

#### Tagungsbeitrag:

Regulär: 250 €; Vereinsmitglieder von Hereditare e. V.: 110 €; ermäßigt (Studenten, Referendare, Doktoranden): 50 €; ermäßigte Vereinsmitglieder von Hereditare e. V.: kostenlos

#### Kontakt/Anmeldung:

Ihre verbindliche Anmeldung senden Sie bitte an: [erbrechtssymposium@rub.de](mailto:erbrechtssymposium@rub.de) oder per Fax an: 0234 32-14371

#### Ansprechpartner/Tagungssekretariat:

Frau *Meike Hentschel*, Lehrstuhl Prof. Dr. *Katharina Uffmann*, 023432-26360; E-Mail: [erbrecht@rub.de](mailto:erbrecht@rub.de)

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter <https://zrsweb.zrs.rub.de/lehrstuhl/uffmann/kommendes-bochumer-erbrechtssymposium/>.

### Institut für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

#### 22. Wissenschaftliches Symposium: „2023: Familie und Recht“

Freitag, 23.06.2023, Beginn 9:15 Uhr

Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

#### Die Beiträge im Überblick:

9:15 Uhr	Begrüßung und Einführung Prof. Dr. <i>Anja Amend-Traut</i> , Tagungsleiterin, Universität Würzburg, Vorstandsmitglied des INotR Würzburg	11:45 Uhr	Ausländische Güterstände in der notariellen Praxis Dr. <i>Johannes Weber</i> , Notar, Freiburg
9:30 Uhr	Aktuelle Rechtsprechung des BGH in Familiensachen Dr. <i>Peter Günter</i> , Richter am BGH, Karlsruhe	13:30 Uhr	Die Suizidhilfeentscheidung des BVerfG Dr. <i>Sibylle Kessel-Wulf</i> , Richterin des BVerfG, Karlsruhe
10:00 Uhr	Das neue Ehegattenvertretungsrecht gem. § 1358 BGB PD Dr. <i>Johanna Croon-Gestefeld</i> , Leuphana Universität Lüneburg	14:15 Uhr	Vorsorgevollmacht nach der Reform, insbesondere verbesserte Missbrauchsvorsorge Dr. <i>Thomas Renner</i> , Notar, Erfurt
11:15 Uhr	Vormundschafts- und Betreuungsrechtsreform 2023 Dr. <i>Maximilian Eble</i> , Notarassessor	15:15 Uhr	Die Verantwortungsgemeinschaft (Stand der politischen Diskussion; Regelungsmöglichkeiten) Prof. Dr. <i>Marina Wellenhofer</i> , Universität Frankfurt a. M.

- 15:45 Uhr Künstliche Befruchtung – Praxisfragen  
und Stand der Reformdiskussion  
*Fabian Schwarz*, Notarassessor
- 16:15 Uhr Schlusswort  
Prof. Dr. *Amend-Traut*, Universität Würzburg
- 16:30 Uhr 25. NotRV-Mitgliederversammlung

**Tagungsbeitrag:**

frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; 60 € für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; 105 € für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit max. drei Jahren Zulassung, Notariatsangestellte; 185 € für NotRV-Mitglieder; 235 € für Nichtmitglieder.

**Kontakt/Anmeldung:**

Anmeldungen richten Sie bitte an: Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931/35576225; E-Mail: notrv@dnoti.de; www.notrv.de.

Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Eine Anerkennung der Fortbildungsveranstaltung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BNotO ist vorab mit der jeweiligen Aufsichtsbehörde abzustimmen.

**Veranstaltungen des DAI**

1. **4. Jahresarbeitstagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte**  
(*Berkefeld/Böttcher/Büttner/Haberkamp/Keim/Krauβ/Ries/Sandkühler/Schwab/Sikora*)  
04.05.–06.05.2023 in Berlin und als Livestream
2. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
(*Berkefeld*)  
15.05.2023 in Berlin und als Livestream
3. **Update Grundstückskaufvertrag**  
(*Krauβ*)  
31.05.2023 in Hamm
4. **GmbH-Recht für Mitarbeiter im Notariat**  
(*Herzog*)  
07.06.2023 in Berlin und als Livestream
5. **Handelsregisteranmeldungen für Mitarbeitende im Notariat**  
(*Schulte*)  
08.06.2023 in Osnabrück
6. **Die Notarprüfung – Aktuelle Schwerpunkte der notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörde**  
(*Blaeschke*)  
13.06.2023 in Bochum und als Livestream
7. **Intensivkurs Kostenrecht**  
(*Diehn*)  
15./16.06.2023 als Livestream
8. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
(*Berkefeld*)  
17.06.2023 in Köln
9. **Umwandlungsrecht aktuell – einschließlich der Reform des Umwandlungsrechts durch das UmRUG**  
(*Weiler*)  
30.06.2023 in München
10. **Optimierung der Notarstelle**  
(*Tondorf*)  
03.07.2023 in Bochum

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.



## Neuerscheinungen

1. Altmeppen: GmbHG. Kommentar. 11. Aufl., Beck, 2023. 1621 S., 149,00 €
2. Bamberger/Roth/Hau/Poseck: Bürgerliches Gesetzbuch – Band 1: §§ 1-480. 5. Aufl., Beck, 2023. 3151 S., 189,00 €
3. Beck/Depré/Ampferl: Praxis der Sanierung und Insolvenz. 4. Aufl., Vahlen, 2023. 2074 S., 219,00 €
4. Buchna/Leichinger/Seeger/Brox: Gemeinnützigkeit im Steuerrecht. Die steuerlichen Begünstigungen für Vereine, Stiftungen und andere Körperschaften – steuerliche Spendenbehandlung. 12. Aufl., Erich Fleischer, 2023. 1293 S., 98,00 €
5. Fischer/Pahlke/Wachter: ErbStG. Kommentar. 8. Aufl., Haufe, 2023. 1596 S., 216,09 €
6. Forschner: Aktuelle Herausforderungen im Immobilienrecht. Deutscher Notarverlag, 2023. 128 S., 48,50 €
7. Gehrlein/Graewe/Wittig: Das Recht der Kreditsicherung. 11. Aufl., Erich Schmidt, 2023. 1184 S., 164,00 €
8. Hirte: Kapitalgesellschaftsrecht. 9. Aufl., RWS, 2023. 788 S., 139,00 €
9. Kayser/Thole: Insolvenzordnung. Kommentar. 11. Aufl., C. F. Müller, 2023. 2556 S., 229,00 €
10. Keim/Lehmann: Beck'sches Formularbuch Erbrecht. 5. Aufl., Beck, 2023. 1481 S., 149,00 €
11. Koch: AktG. Kommentar. 17. Aufl., Beck, 2023. 2743 S., 199,00 €
12. Kogel: Strategien bei der Teilungsversteigerung des Familienheims. 6. Aufl., Giesecking, 2023. 428 S., 69,00 €
13. Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt: GmbHG – Band I: Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG. Band II: §§ 35-88 GmbHG, EGGmbHG. Kommentar. 4. Aufl., Beck, 2023. 4430 S., 549,00 €
14. Neuner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 13. Aufl., Beck, 2023. 753 S., 109,00 €
15. Niehus/Wilke: Die Besteuerung der Personengesellschaften. 9. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2023. 516 S., 59,99 €
16. Servatius: GbR – §§ 705-740c BGB. Kommentar. 1. Aufl., Beck, 2023. 892 S., 159,00 €
17. Stein: Scheidung – Zugewinn – Steuern. Steuerliche Gestaltungen güterstands- und vermögensbezogener Maßnahmen. 1. Aufl., Erich Schmidt, 2023. 220 S., 49,80 €
18. Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer/Madaus: Münchener Kommentar StaRUG – §§ 1-102 StaRUG, Anhänge. Kommentar. 1. Aufl., Beck, 2023. 2188 S., 249,00 €
19. Thomas/Putzo: ZPO. FamFG, EGZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht. Kommentar. 44. Aufl., Beck, 2023. 2937 S., 69,00 €
20. Winter: Internationales Familienrecht bei Fällen mit Auslandsbezug. 1. Aufl., Beck, 2023. 442 S., 99,00 €



# STANDESNACHRICHTEN

## Personaländerungen

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Erich Rossak  
verstorben am 15.07.2022

Notar a. D. Dr. Kurt Schwab  
verstorben am 17.03.2023

Notar a. D. Dr. Peter Bastian  
verstorben am 22.03.2023

Notar a. D. Dr. Wolfgang Bader  
verstorben am 05.04.2023

Notar Markus Hamp  
verstorben am 19.04.2023

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 28.02.2023:

Notar Dr. Reinhard Kössinger, Illertissen

Mit Wirkung zum 31.03.2023:

Notar Dr. Christian Auktor, Ingolstadt

Notar Rudolf Burghart, Erding

Notar Johann Siller, Fürstenfeldbruck

Notar Helmut Stigler, Weißenburg i. Bay.

Mit Wirkung zum 01.04.2023:

Notar Max Ehrl, Weißenburg i. Bay.

Mit Wirkung zum 30.04.2023:

Notar Dr. Michael Eigner, Bamberg

Notar Dr. Werner Sommerhäuser, Nürnberg

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.03.2023:

Illertissen	dem Notar a. D. Dr. Benedikt Strauß (bisher Geschäftsführer der BNotK)
-------------	---

Mit Wirkung zum 01.04.2023:

Erding (in Sozietät mit Notar Michael Inninger)	dem Notar Dr. Thomas Kornexl (bisher in Nürnberg)
---	---

Fürstenfeldbruck (in Sozietät mit Notar Hubert Krebs)	dem Notarassessor Stefan Ackermann (bisher in München, Notarstellen Dr. Vossius/ Dr. Engel)
---	---

Hofheim in Unterfranken	dem Notarassessor Achim Rohr (bisher DNotI und Geschäftsführer der NotRV)
-------------------------	---

Ingolstadt	dem Notarassessor Andreas Greger (bisher in München, Notarstellen Dr. Lude- wig/Dr. Schemmann)
------------	--

Nürnberg (in Sozietät mit Notarin Elisabeth Lommer)	dem Notarassessor Dr. Thomas Bernhard (bisher in Nürnberg, Notarstelle Lommer)
---	---

Straubing	dem Notar a. D. Florian Hagenbucher
-----------	--

Weißenburg i. Bay.	dem Notarassessor Max Ehrl (Hauptge- schäftsführer der BNotK)
--------------------	---

Weißenburg i. Bay.	der Notarassessorin Julia Kilian (bisher in München, Notarstellen Rapp/ Gropengießer)
--------------------	---

Mit Wirkung zum 01.05.2023:

Bamberg (in Sozietät mit Notar Dr. Luitpold Graf Wolffskeel von Reichenberg)	der Notarin a. D. Dr. Nadja Gräfin Wolffskeel von Reichenberg (bisher Hauptgeschäfts- führerin der BNotK)
---	--

Fürth	dem Notarassessor Dr. Thomas Winkelmann (bisher in München, Notarstellen Dr. Lude- wig/Dr. Schemmann)
-------	---

Geisenfeld	dem Notarassessor Dr. Daniel Widmann (bisher in Passau, Notarstellen Dr. Bandel/ Pich)
------------	--

Neuburg a. d. Donau (in Sozietät mit Notar Dr. Bastian Grimm)	dem Notar Dr. Christian R. Fackelmann (bisher Bad Staffelstein)
---	--



Aufsätze



Buchbesprechungen



Rechtsprechung



Sonstiges



Standesnachrichten

Nördlingen  
der Notarin a. D.  
Claudia Stenzel

Nürnberg  
(in Sozietät mit  
Notar Dr. Michael Reindl)  
Mit Wirkung zum 01.06.2023:  
Deggendorf  
dem Notarassessor  
Benjamin Bremer  
(bisher in München,  
Notarstellen Dr. Schwab/  
Dr. Weiler)

Dr. Verena Stürmer, Erlangen  
(Notarstelle Siegler)

Mit Wirkung zum 01.04.2023:

Dr. Johannes Rübbeck, Schweinfurt  
(Notarstelle Dr. Weiß/Muschel)

Mit Wirkung zum 01.05.2023:

Christoph Eichinger, Fürstenfeldbruck  
(Notarstellen Dr. Krafka/Langnau)

Dr. Bernd Galneder, Bamberg  
(Notarstelle Dr. Bord)

Dr. Florian Stefan Siegwart, Landsberg  
(Notarstellen Kuhn/Regensburger)

Julia Weilhart, Rosenheim  
(Notarstellen Dr. Leiß/Dr. Hönle)

#### 4. Neuernannte Assessoren

Mit Wirkung zum 01.03.2023:

Dr. Jakob Baumgartner, Friedberg  
(Notarstelle Dr. Brandt)

Katrin Anna Brandl, Vilsbiburg  
(Notarstelle Dr. König)

Lisa Hontrich, Trostberg  
(Notarstellen Mehler/Dr. Hamberger)

#### 5. Sonstige Veränderungen

Notarassessor Stefan Neuhöfer, München,  
wurde mit Wirkung zum 28.04.2022 promoviert.



#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notarin Dr. Anja Gerono  
Luitpoldstraße 51  
96052 Bamberg

Notare Elisabeth Lommer und Dr. Thomas Bernhard  
T. 0911 893147 0  
M. info@notare-lb.de

Notar Christian Müller-Jonies  
Bahnhofstraße 22  
84048 Mainburg

Abonnement

## MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

